

شَهْج
قانون الوصية
دراسة مقارنة
مؤلفه

تأليف
محمد أبو زهرة
الأستاذ بكلية الحقوق - جامعة القاهرة

الناشر
مكتبة الأنجلو المصرية
١٦٥ شارع محمد زكي
القاهرة

حقوق إعادة الطبع للمؤلف

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين ، وعلى آله وصحبه أجمعين .

أما بعد : فإننا نحمد الله ونستعينه . ونقدم الطبعة الثانية من كتابنا (شرح قانون الوصية) وقد تلقى رجال القانون والمشتغلون بالفقه الإسلامى ذلك الكتاب تلقياً محموداً منهم ، مشكوراً لهم ، إذ قبلوه بقبول حسن ، كان جديراً بفضلهم ، وأكثر مما نستحق ، فجزاهم الله عنا وعن العلم خيراً ، وأحسن مشوبتهم ، وهو الولي المتعال .

وإن هذه الطبعة هي كالأولى في مبناها ومعناها ، نقحت بعض عباراتها ، وشذبت بعض أطرافها ، فلم نزد في الجملة شيئاً على الأولى ؛ إذ لم نجد ما يوجب التغيير أو التبديل ، أو زيادة فصول لم تكن .

يبدأنا وجهنا عنايتنا إلى أمرين كان ما استوجب العناية بهما :

(أحدهما) : توضيح عبارات في القانون ككنا نظنها واضحة ، ونهنا إلى وجوب تجليتها أعضاء اللجنة التي تولت وضع القانون بالصيغة الفرنسية ، فقد كان الأعضاء الكرام ، وهم من الصفوة المختارة من رجال القانون يسألوننا عن عبارات غير بينة ككنا نظنها بينة ، فكان ذلك الاستفسار الكريم تنبيهاً حسناً إلى وجوب بيانها ، فييناها في هذه الطبعة .

(ثانيهما) : ما يتعلق بالوصية الواجبة من ناحية استخراجها ، وبيان طريق حل مسائل الميراث المشتملة عليها ، فقد سلكنا في طريق الحل ما رأيناه يتفق مع نصوص القانون والمقصد منه ؛ وبيننا ذلك في الطبعة الأولى ،

واكتفينا فيها ببيان ما رأيناه الطريقة المثلى ، وتركنا الموازنة بينها وبين غيرها
من الطرائق ؛ وأحلنا تلك الموازنة على بحث كنا كتبناه في مجلة القانون والاقتصاد
بعنوان (الجديد في قانون الوصية) ولكن فضيلة الأستاذ الجليل مفتى مصر
اختار في فتياه بعض الحلول التي أدرجناها في هذا البحث ؛ وبعض القضاة
الشرعيين اختار طريقة أخرى ، وكثيرون اختاروا ما اختارنا ، فحق علينا أن نبين
الموضوع في هذه الطبعة ، ولا نحيل على ما كتبنا في مجلة القانون والاقتصاد ؛
لأنها لا يقرؤها إلا الخاصة من رجال القانون ، وسنجهتد في عرض حجة المخالفين
بأمانة ؛ فتبين مصادرها ، ثم نجلى المآخذ عليها ، ولا نريد إلا الحق الساتع ،
فلا نختار ما يعطى أحداً أكثر مما يستحق ، ولا نختار ما يطفئ حق أحد ، بل
نرجو أن يكون فيما اخترنا القسطاس المستقيم ، ونضرع إلى المولى جلّت قدرته
وعظمت منته أن يديم علينا نعمة التوفيق ، فإنه لولا فضل الله وتوفيقه ما استنار
لنا سبيل ، ولا اهتدينا إلى طريق ، وإنه سبحانه على ما يشاء قدير ، وهو نعم
المولى ونعم النصير .

ربيع الأول سنة ١٣٦٩

يناير سنة ١٩٥٠

محمد أبو زهرة

إفتاحية الطبعة الأولى :

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين ، وصلى الله على سيدنا محمد النبي الأمي ، وعلى آله وصحبه ، وسلم .

أما بعد ، فهذا شرح القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ ، المبين لأحكام الوصية ، قد أقيمت بعضه دروسا على طلبة كلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول ، ولم أقيد نفسي فيه بكفاية الطالب وحاجته ، بل أطلقت القلم ، ليجد فيه الدارس والباحث بغيته ، فناء للطالب غاية ونهاية ، ووضع المصباح للباحث ، وفتح له عين الطريق . ولقد عنيت في هذا الشرح بثلاثة أمور :

(أولا) توضيح معاني القانون وفتح مغلفاته ، وكشف عباراته ، وبيان مراميه ، وتصوير صورته ، ولم يكن ذلك أمراً سهلاً ، فإن ألفاظ القانون لم تكن بينة جلية ، ولم تجل المذكرة التفسيرية مواضع الإبهام ، في كثير من الأحيان ، ولم تفرع الفروع ، وتضرب الأمثال ، فبذلنا في ذلك جهداً غير قليل ، ونرجو أن نكون قد وصلنا في ذلك إلى ما نرجو من توضيح وبيان .

(ثانياً) بيان المصادر التي استقى منها القانون أحكامه ، وموازنتها بمذهب أبي حنيفة الذي كان معمولاً به من قبل إذا كان الجديد يخالفه ، بل كنا في أكثر الأحوال نوازن بين الآراء المختلفة بين الفقهاء ، ونسوق الأدلة لكل رأى لكي يتجلى فقه الموضوع لدى القارئ ، ويستطيع المطبق للقانون أن يعرف مساره واتجاهه ، وروحه ومنطقه ، ويفصل جملة ، ويستنبط أحكام مالم ينص عليه في القانون من مصدره ، وما اشتق منه .

(ثالثاً) نقد القانون ، وتمحيص أحكامه ، ووزنها وزناً دقيقاً بالاصول

الفقهية ، والغايات المصلحية ، والتناجح المترتبة على الأخذ بأحكامه ، وتعميمها في الأمر ، وبيان حسن العقبي ، أو سوءها .

وقد يقول قائل : إنه لا حاجة إلى هذا النقد ، بعد أن صارت تلك الأحكام قانوناً ، إذ زمان النقد ، وهي مشروع ، ولذلك القول وجهه بالنسبة للقاضي الذي يطبقه ، لا بالنسبة للشارح الذي يبينه ، فإن القاضي توجب عليه العدالة القانونية أن يلتزم أحكام ما شرع ، لا أن يشرع بحكمه ، فأوجب هذا الاعتبار عليه الاتباع دون الرد والتزييف .

أما الشارح فهو مبين للمصادر والغايات ، والمرامي والاتجاهات ، وإن ذلك لا محالة يسوقه إلى التمهيد والنقد أحياناً ، ولو امتنع عن النقد ما أصاح قانون ، ولجئت الأحكام ، ولتحمل الناس آثام هذه العيوب ، إن لم يكن ذلك المرشد العلمي ولقد وجدنا في القانون مبادئ جديدة خطيرة على الأسرة نهينا إليها ، ووجدنا أحكاماً كان غيرها أولى بالأخذ منها فذكرناها ، وذكرنا ما يقابلها ووجه الصلاح فيه ، ووجدنا أحياناً أحكاماً متناثرة ، بل متنافرة في أصولها ، لا تجمعها قاعدة ولا يضبطها ضابط ، فلم نضن على القرطاس ببيان تنافرها ، وما كان يجب لتأسيس أحكامها ، بعضها ببعض .

وإننا لندرجو أن يكون ذلك حافزاً على إعادة النظر في هذا القانون .

هذا ، وإننا في ذلك الشرح لم نتقيد فيه بترتيب مواد القانون ، بل رتبناه ترتيباً علمياً ، وبوبناه تبويباً يتفق مع التقسيم العقلي المنطقي ، مع شمول الشرح لكل مواد القانون من غير نقص ولا إهمال ، فتكلمنا في إنشاء الوصية ، وكل ما يتعلق به ، ثم تكلمنا في الموصى ، ثم الموصى له ، ثم الموصى به ، ثم أحكام الوصية ، ثم تنفيذها والله سبحانه وتعالى هو الذي أمدنا بعونه وتوفيقه ، فنحمده سبحانه وتعالى ، ونبتل إليه أن يجعل فيه من النفع للناس بمقدار ما نرجو ، وهو العليم الخبير .

محمد أبو زهرة

يناير سنة ١٩٤٧

تمهيد

١ — تنقسم أسباب الملكية إلى ثلاثة أقسام :

(أولاً) أسباب منشئة للملكية بعد أن لم تكن على الشيء ملكية قط ، وهي إحرار المباح ، والصيد ، والاستيلاء على المعادن والكنوز ، وغير ذلك مما يعد إنشاء للملكية على الشيء لم تكن ثابتة عليه .

(ثانيها) أسباب ناقلة للملكية من حين إلى حين ، وهي العقود الناقلة للملكية ، أو بعبارة أعم التصرفات الناقلة للملكية ، سواء أكانت في أصل وضعها لنقل المال من مالك إلى مالك ، أم وضعت في معنى آخر ، ولكن جاء نقل الملكية أثراً للعقد ، وليس جزءاً من حقيقته ، كالمهر في الزواج ، فإنه ينتقل إلى ملكية الزوجة ، وإن كان عقد الزواج لم يكن في حقيقته لنقل ملكية ذلك المال ، بل القصد الأول منه هو حل العشرة الزوجية بينهما ، وجاء المهر حكماً من أحكامه ، أي كان أثراً من آثاره .

(القسم الثالث) أسباب للملكية بالخلافة عن المالك ، وهذا النوع هو الذي تتول الملكية فيه إلى شخص له صلة بالمالك الميت ، لأن المالك قد ذهبت ذمته المالية بموته ، فكان لا بد أن ينتقل ما كان له من حقوق وأموال إلى آخر يعد خليفة له في حقوقه وأمواله ، وهذا الشخص يكون في الغالب وجوده امتداداً لوجود الميت ، أو بمن عاونوه وناصروه في حياته ، حتى كادوا يكونون شركاءه في تكوين ماله ، وحمايته .

٢ — وهذه الخلافة قد تثبت بحكم الشارع ، وهذا في الموارث ، فإن خلافة الوارث للورث فيما له من حقوق ، تثبت بحكم من الشارع ، لا بإرادة من المورث ، بل من غير إرادة الوارث ، ولذلك قالوا إنه لا يدخل شيء في ملك الإنسان جبراً عنه ، سوى الميراث ، فإنه يدخل ملكه من غير إرادته .

وقد تثبت هذه الخلافة بإرادة الشخص ، وهذا في الوصية ، فالموصى له يملك ما يوصى به بمقتضى خلافته عن الموصى ، وهى خلافة اختيارية من الموصى ، ومن الموصى له ، فالموصى أراد أن يكون هذا خليفة له في قدر محدود من ماله ، والموصى له قبل تلك الخلافة مريداً مختاراً .

٣ — ولقد حد الشارع حدوداً للخلافة الاختيارية في القدر الذي تجوز فيه ، وفي صفة الموصى له ، وفي الباعث على تلك الخلافة ، وفي الشروط المقترنة ، ولم يترك أمرها فرطاً ؛ لأن الأصل عند فقهاء المسلمين أن الشارع هو الذي يتولى أمر الخلافة في مال الميت ، وينظمها ، ولكن لكي يتدارك الشخص ما عساه يكون قد فاته من واجبات في حياته ، وليكفيه من عاونه وناصره من غير أقاربه في هذه الحياة ، أجاز له الشارع في قدر معين ، وهو الثلث ، أن يختار خليفة فيه ، على أن يكون في ذلك غير متجانف لإثم ، ولا قاصد لآمر محرم ، ولذلك قال ﷺ : « إن الله تبارك وتعالى تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم زيادة على أعمالكم ، فضعهوه حيث شئتم » ، وروى أن سعد بن أبي وقاص كان مريضاً فعاده رسول الله ﷺ ، فقال : يا رسول الله أوصى بجميع مالى ؟ فقال : لا ، فقال فبثلثي مالى ؟ قال : لا ، قال فبنصف مالى ؟ قال : لا ، قال فبثلث مالى ، فقال عليه الصلاة والسلام : الثلث ، والثلث كثير ؛ إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم فقراء يتكففون الناس .

وبهذين الحديثين ثبت أن الشارع جعل الخلافة له ، يتولاها بالتنظيم ، والتوزيع العادل وترك للشخص التصرف بعد وفاته في الثلث فقط تداركاً لما فاته من واجبات كما قلنا ، ورفعاً لخسيسة من يرى له حقاً ، أما الثلثان فأمرهما إلى الشارع الحكيم ، وقد قال تعالى بعد أن أعطى كل ذى حق حقه : « يبين الله لكم أن تضلوا ، والله بكل شئ عليم » .

إنشاء الوصية وثبوت الملكية بها

٤ م — ذكر القانون في المادة الأولى^(١) منه تعريف الوصية ، فعرفها بأنها تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت . وهذا تعريف قد وضعه الذين أعدوا القانون في أدواره الأولى ، وخالفوا فيه تعريفات الفقهاء المختلفين لها ، فقد عرفها بعضهم بأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع ، وبعضهم بأنها تبرع مضاف إلى ما بعد الموت ، وعرفها الكاساني بأنها اسم لما أوجبه الموصى في ماله بعد الموت ، وقال الكرخي في تعريفها : إنها ما أوجبه الموصى في ماله تطوعاً بعد موته ، أو في مرضه الذي مات فيه .

٥ م — هذه التعريفات كلها ناقصة ، وتعريف القانون أشمل منها ، وأضبط ، وأدق ووجه نقصها أن التعريف الأول لا يشمل الإسقاطات كالإبراء ، ولا يشمل كل ما جاء في القانون على ما سنشير إليه . والتعريف الثاني ، والثالث ، لا يشملان بعض الوصايا التي اشتمل عليها القانون ، كالوصية بتقسيم التركة بين الورثة . وتعريف الكاساني لا يشمل الوصية بأداء واجبات عليه ، لأنه ما أوجبه على نفسه ، بل هي واجبة بإيجاب الشارع ، وما أوجبه هو أداؤها بعد وفاته ، وتعريف الكرخي يجعل تبرعات المريض مرض الموت من باب الوصايا عند إنشائها ، وهذا لا يتفق مع الوضع الفقهي لها ؛ لأن الذي يقرره الفقهاء^(٢) أن تبرعات المريض المنجزة في حال مرضه تأخذ في إنشائها حكم الهبات ، فيشترط

(١) نص المادة الأولى : « الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت » .

(٢) قد اعتبر القانون المدني الجديد كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت . ويكون مقصوداً به التبرع تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت تسرى عليه أحكام الوصية وإذا أثبتت الورثة أن التصرف صدر في مرض الموت اعتبر تبرعاً ، حتى يقوم الدليل على خلافه ويعتبر التصرف وصية أيضاً إذا كان لأحد الورثة واشترط المتصرف ولو كان صحيحاً حيّاً العين التي تصرف فيها والانتفاع بها مدى الحياة ، ما لم يقيم دليل على خلاف ذلك المادتان ٩١٦ ، ٩١٧ .

لتكوينها ما يشترط في الهبات ، ولكنها في المآب تأخذ حكم الوصية إن استوفت عند إنشائها شروط الهبة ، بحيث إذا لم تستوف هذه الشروط عند الإنشاء تبطل ولا يكون لها حكم الوصايا بعد الوفاة ، فالهبة في مرض الموت إذا لم تقبض ، ومات الواهب قبل أن يقبضها الموهوب له تبطل ، ولا تأخذ حكم الوصايا ، فتعريف الكرخي قد أدخل في الوصايا ما ليس منها في حقيقته ، وإن أخذ حكمها في نهايته احتياطاً لحقوق الورثة ، وحماية لها .

٦ م - وكان تعريف القانون أجمع من هذه التعريفات ؛ لأنه يشمل كل الوصايا التي اشتمل عليها ، فهو يشمل التمليكات والإسقاطات ، وتقرير مرتبات ويشمل تقسيم التركة بين ورثته ، ويشمل ما يكون بالمنافع ، ولا يكون بالأعيان ، بل يشمل بيان الطريق للوفاء بما على التركة من حقوق ، إن كان قد بين ذلك الوفاء ، فإن هذا وغيره يعد تصرفاً في التركة ، إذ كلفة تصرف عامة تشمل هذا وغيره . ولا ينقص التعريف أنه لم يشمل تبرعات المريض مرض الموت المنجزة التي تأخذ حكم الوصايا ، فقد بينا أن الفقه الصحيح ، لا يجعلها من الوصايا من حيث الإنشاء . فعدم شمولها من كمال ذلك التعريف ، لآمن أسباب نقصه .

٧ م - وركن الوصية قد ذكره القانون في الفقرة الأولى من المادة الثانية^(١) فقد ذكرت هذه الفقرة أن الوصية تنعقد بالعبارة أو الكتابة ، لمن قدر عليهما ، فإن لم يكن قادراً عليهما انعقدت الوصية بالإشارة الدالة على ذلك ، سواء أكان العجز بسبب أنه أخرس ، أم اعتقل لسانه لمرضه ، ولم يكن يعرف القراءة والكتابة ، أو عجز عن الكتابة ، ففي كل هذه الأحوال تغني الإشارة عن العبارة في إنشاء الوصية ، وإن لم تغن في إثباتها كما سيتبين .

٨ - ونريد هنا أن نتكلم في أمرين : (أحدهما) في العبارة التي تنشئ الوصية وما يقوم مقامها ، (وثانيهما) في ركن الوصية ، وهو الإيجاب فقط من الموصي ،

(١) هذه الفقرة من المادة الثانية هي : « تنعقد الوصية بالعبارة ، أو بالكتابة ، فإذا كان الموصي عاجزاً عنها انعقدت الوصية بإشارته المفهومة ، .

أى أنها تصرف بإرادة منفردة ، أم هى تصرف ينشأ بإيجاب وقبول ؟ وما وقت هذا القبول ؟ إن كان ثمة حاجة إليه .

٩ - أما الأمر الأول ، فمن المقرر عند الحنفية أن التصرف ينشأ بالعبارة إن كان المتصرف قادراً عليها ، ولا تغنى الكتابة غناءها إلا إذا كان العقد بالمراسلة فإن المشافهة حينئذ تكون غير ممكنة ، فتقوم مقامها المكتوبة ؛ وهذا لأن الأصل في الدلالات كلها أن تكون بالألفاظ ، فلا تنتقل عنها إلى غيرها إلا عند العجز . فإذا كان عاجزاً عن العبارة كالأخرس والمعتقل كما ذكرنا قامت الإشارة المفهومة أو الكتابة مقام اللفظ ، وإذا كان من لا يستطيع النطق لا يعرف الكتابة اكتفى بالإشارة بلا كلام ، وإن كان يعرف الكتابة ففي المذهب الحنفى رأيان : (أحدهما) أنه لا يجوز عقده بالإشارة ، لأن الكتابة تعبير بالقلم ، فهى كالنطق في قوة الدلالة ، والإشارة أضعف منها ، ولا يعدل عن الأقوى إلى الضعيف من طرق الإفهام ما دام الإفهام بالأقوى ممكناً .

و (القول الثانى) أن الإشارة تكفى في إنشاء العقد ، لأن العبارة هى الأصل ، فإذا لم تكن ممكنة ، ورخص له في غيرها قام كل ما يدل على العقد مقامها ، والقول الأول هو رواية الأصل ، والقول الثانى هو رواية الجامع الصغير فكان منشأ القولين هو اختلاف الرواية (١) .

هذا مذهب أبى حنيفة في أحكام العقود عامة ، وتراه يخالف ما جاء بالمادة الثانية من القانون في ناحيتين :

(إحداهما) أنه لا يجوز العقد بغير النطق إلا عند العجز عنه ، بينما القانون في الوصية يجعل الكتابة في مقام العبارة بلا فارق بينهما .

(وثانيهما) أنه قرر أن الإشارة لا يتجه إليها عند العجز عن الكتابة . وهذا يخالف الرواية الثانية للمذهب ، وهى رواية الجامع الصغير ، ولكن في المذهب بالنسبة للوصية جواز إنشائها بالكتابة ، ثم قراءتها عليه (٢) وإن هذا

(١) راجع الملكية ونظرية العقد ص ٢٠١ للمؤلف .

(٢) راجع الهندية والخانية في كتاب الوضابا .

الحكم يتفق مع قول مالك ، وقول في مذهب أحمد بن حنبل رضى الله عنهما ،
ففي المدونة الكبرى في كتاب الوصايا الأول :

« قلت رأيت رجلا كتب وصيته ، ولم يقرأها على الشهود ، ودفعها إليهم
مكتوبة ، وقال لهم اشهدوا على بما فيها ولم يعاينوه حين كتبها ؛ إلا أنه دفعها إليهم
مكتوبة ، وقال اشهدوا على بما فيها ، قال مالك ذلك جائز إذا عرفوا أنه الكتاب
بعينه . وقال ابن وهب عن مالك مثله إذا طبع عليها ودفعها إلى نفر ، وأشهدهم
أن ما فيها عنه ، وأمرهم أن يكفلوا خاتمه ، حتى يموت ، قال ذلك جائز إذا أشهدهم
أن ما فيه منه . . . عن عاصم بن عمر بن الخطاب أنه كان إذا أراد سفراً كتب
وصيته ، وطبعها ، ثم دفعها إلى سالم بن عبد الله بن عمر ، وقال اشهدوا على بما فيها
إن حدث بي حدث ، فإذا قدم قبضها منه ، (١) .

وجاء في المغنى : « ومن كتب وصيته ، ولم يشهد فيها حكم بها ما لم يعلم رجوعه
عنها ، نص أحمد على هذا في رواية إسحاق بن إبراهيم ، فقال ومن مات ، فوجدت
وصيته مكتوبة عند رأسه ، ولم يشهد فيها ، وعرف خطه ، وكان مشهور الخط يقبل
ما فيها ، وروى عن أحمد أنه لا يقبل الخط في الوصية ، ولا يشهد على الوصية
المختومة ، حتى يسمعها الشهود منه ، أو تقرأ عليه ، فيقرأ بما فيها ، (٢) .

وترى من هذا أن إحدى الروايتين عن أحمد صريحة في موافقة القانون ،
والثانية كراى مالك وأبي حنيفة توافق القانون ، ولكن تشترط أن يعلن أن
الخط خطه ، ويقرأ عليه ، وبهذا تكون المذاهب الثلاثة موافقة للقانون في الجملة ،
وإحدى الروايتين عن أحمد أوضح في الموافقة ، لأنها مطلقة كإطلاق القانون .
ولقد جاء في المذكرة الإيضاحية . أن هذا الجزء من القانون مأخوذ من مذهب
أحمد بن حنبل ، فقد قالت : « لا يشترط فيمن يعرف الكتابة أن يكتب
وصيته بخطه ، بل يكفي أن يكتبها له غيره ، فيقرأها ، أو يقرأها له غيره ،
فيوقع عليها ، أخذاً من مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، فعنده الإيجاب يكون بالقول ،

(١) المدونة الكبرى رواية سحنون عن ابن القاسم عن مالك ج ١٥ ص ١٣ .

(٢) المغنى ج ٦ ص ٤٨١ .

أو بالفعل الذى يدل على الرضا . والتوقيع فعل يدل على الرضا بالمكتوب ، .
وترى من هذا أنها تذكر أنها أخذت من مذهب أحمد ، ولكن الأحكام
التي ذكرتها ، وجد مثلها في مذهب أبي حنيفة ومالك بالقدر الذى قالته ، وكان
الأولى عند تخصيصها مذهب أحمد بالذكر ، أن تبين أنه اعتبر الخط دليلاً على
الإشهاد من غير حاجة إلى الإشهاد على أنه خطه ، كما جاء في إحدى الروايات
عن أحمد كما ذكرنا ، وهى أحد الأقوال فيه .

١٠ م — والقانون يعتبر الوصية تصرفاً ينشأ بإرادة منفردة ، إذ أنه بمجرد
وجود العبارة الدالة على إرادة الشخص لتصرف معين في تركته بعد وفاته تعتبر
الوصية قد وجدت بحكم القانون .

ولكن الملكية بمقتضى الوصية لا تثبت للموصى له إلا بقبوله للوصية (١)

(١) قد بينت المواد المنعمة للعشرين ، والحادية والعشرون ، والثانية والعشرون ،
والثالثة والعشرون ، والرابعة والعشرون ، والخامسة والعشرون أحكام القبول وهذا نصها :
مادة ٢٠ — تلزم الوصية بقبولها من الموصى له صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصى ، فإذا
كان الموصى له جديناً أو قاصراً ، أو محجوراً عليه يكون قبول الوصية أو ردها بمن له الولاية
على ماله بعد إذن المجلس الحسى (المحكمة الحسبية) ، ويكون القبول عن الجهات والمؤسسات
والمنشآت ، بمن يمثلها قانوناً ، فإن لم يكن لها من يمثلها لزم الوصية بدون توقف على القبول .
مادة ٢١ — إذا مات الموصى له قبل قبول الوصية وردها قام ورثته مقامه في ذلك
مادة ٢٢ — لا يشترط في القبول ولا في الرد أن يكون فور الموت ، ومع ذلك تبطل
الوصية إذا أبلغ الوارث أو من له تنفذ الوصية الموصى له بإعلان رسمى يشتمل على بيان
كاف عن الوصية وطلب منه قبولها أو ردها ، ومضى على علمه بذلك ثلاثون يوماً كاملة خلاف
مواعيد المسافة القانونية ولم يجب بالقبول أو الرد كتابة دون أن يكون له عذر مقبول .
مادة ٢٣ — إذا قبل الموصى له بعض الوصية ، ورد البعض الآخر ، لزم الوصية فيما
قبل وبطلت فيما رد ، وإذا قبلها بعض الموصى لهم وردها الباقي ، لزم بالنسبة لمن قبلوا ،
وبطلت بالنسبة لمن ردوا .

مادة ٢٤ — لا تبطل الوصية بردها قبل موت الموصى ، فإذا رد الموصى له الوصية كلها
أو بعضها بعد الموت وقبل القبول بطلت وإذا ردها كلها أو بعضها بعد الموت ، والقبول
وقبل منه ذلك أحد من الورثة انفسخت الوصية ، وإن لم يقبل منه ذلك أحد منهم بطل رده =

صراحة أو دلالة ، بعد وفاة الموصى ، ولا عبرة لقبوله أو رده قبل وفاته ، لأن الوصية تصرف لا تظهر آثاره إلا بعد الوفاة ، فلا عبرة بالقبول أو الرد إلا وقت التنفيذ ، ولأن القبول إنما هو لثبوت الملكية ، لا لإنشاء التصرف ، فكان لا عبرة به إلا عند تنفيذ أحكامه ،

وقد فصل القانون أحكام القبول والرد ، فذكر أن القبول من كامل الأهلية الرشيد يكون منه بالصراحة أو الدلالة ، وكذلك الرد ، وأن قبول قاصر الأهلية وفاقديها والمحجور عليهم يكون ممن لهم الولاية على مالهم ، ولأولئك حق القبول والرد مطلقاً في القانون بعد استئذان المحكمة الحسبية ، ولو أن القبول نفع محض ، والرد ضرر محض . ويكون القبول إذا كان الموصى له جهة أو مؤسسة أو منشأة ، ممن يمثلها قانوناً فان لم يكن لها من يمثلها لزمتم الوصية من غير حاجة إلى قبول .

١١١ م — وإذا مات الموصى له قبل القبول أو الرد قام ورثته مقامه فيهما . وإن من له القبول له أن يقبل الوصية كلها ، أو بعضها . فان قبلها كلها لزمتم وإن رد بعضها بطلت فيبarderها فيه ، فهي تقبل التجزئة ، لأن من يملك رد الكل يملك رد البعض من غير نزاع ، وهو أدري بمصلحته ، ولا ضرر على غيره في تجزئة القبول والرد . وإذا تعدد الموصى لهم فقبل بعضهم ، ورد بعضهم ، لزمتم في نصيب من قبل ، وبطلت في نصيب من رد .

١٢ م — والقبول لا يشترط أن يكون فور الوفاة ، فليس له وقت معلوم بل يستمر ذلك الحق للموصى له ما لم يثبت رده صراحة أو دلالة ، فحق القبول أو الرد ثابت على التراخي لأعلى الفور . وإذا استطال الوارث ، أو من له تنفيذ الوصية الزمن أو خشي استطالته ،

== مادة ٢٥ — إذا كان الموصى له موجوداً عند موت الموصى استحق الموصى به من حين الموت ما لم يفد نص الوصية بثبوت الاستحقاق في وقت معين بعد الموت ، وتكون زوائد الموصى به من حين الموت إلى القبول للموصى له ، ولا تعتبر وصية ، وعلى الموصى له نفقة الموصى به في تلك المدة .

فقد أعطاه القانون حقاً لدفع الضرر ، أو لمنع الاستطالة من غير مبرر ، فسوغ له أن يبلغ الموصى له بإعلان رسمى فيه بيان كاف للوصية ، ويطلب منه القبول أو الرد ، فإذا مضى على علمه بذلك ثلاثون يوماً كاملة ، لا يدخل فيها يوم الإعلان ولا مواعيد المسافة ، ولم يجب قابلاً أو راداً ، ولم يكن له عذر مقبول في عدم الإجابة ، تعتبر الوصية قد بطلت ، لأن هذا يكون دليلاً على الرد ، وإن لم يكن رداً صريحاً ، ولأن الانتظار بعد ذلك عبث ، وهو ضرر من غير جدوى .

١٣ م — وإذا كان الموصى له غير موجود وقت الوفاة ، ثم وجد^(١) ، ولم يوجد من قبل عنه عند الوفاة ، فالمفهوم أنه عند وجوده ، ووجود من يقبل عنه ، يكون له القبول والرد ، لأن القانون ذكر أن القبول لا بد منه صراحة أو دلالة للزوم الوصية ، اللهم إلا إذا اعتبر ذلك النوع من الوصية ، وصية على جهة ليس لها من يمثلها ، فإن الوصية لا تحتاج إلى قبول للزومها ، بل تلزم من غير حاجة إليه ، فإن لم يمكن هذا الاعتبار فلا بد من القبول .

١٤ م — والملكية لا تثبت من وقت القبول ، بل تثبت من وقت الوفاة إن لم يكن قد حد لها وقت معين عند إنشاء الوصية ، وذلك لأن سبب الملكية ليس هو القبول ، بل يرجع إلى الوصية نفسها ، فقد تثبت بها الملكية بسبب الخلافة الاختيارية ، والقبول شرط لزوم ، أو شرط لدخول المال في ذمة الموصى له ، وذلك لكيلا يدخل شيء في ملك الإنسان جبراً عنه ، ولأن من الناس من لا يتحمل منة التبرع له ، فجعل له حق الرد في الوصايا ، فإذا وجد القبول ثبتت الملكية مستندة إلى وقت السبب ، وهو الخلافة الاختيارية التي أنشأها الموصى بإرادته .

(١) قد سوغ ذلك القانون في المواد ٢٦ وما يليها كما سنبين . هذا ويلاحظ أن تقريرنا أن القبول يثبت الملكية من الوفاة يلاحظ معه ما شرطه للملكية قانون الشهر العقاري الذي يسرى من أول يناير سنة ١٩٤٧ من أنه يشترط في نقل ملكية العقار التسجيل في الوصايا وغيرها . وإذا تم التسجيل يثبت الملك من وقت الوفاة . أما الوصية بالمنقول ، فلا يحتاج ثبوت الملك ولا حق النصف فيها إلا إلى القبول بعد الوفاة (راجع المادة - ٩ - من قانون الشهر العقاري) .

وإذا ثبتت الملكية من وقت الوفاة ، فإن زوائد المال وهى نماؤه ، أو غلاته تكون ملكاً للموصى له من وقت الوفاة أيضاً ، وإذا كانت الغلات والنماء له ، فعليه نفقة الموصى به من وقت الوفاة ، على أنها نماء ملكه ، لا على وجه الوصية سواء أكانت نفقات الحفظ أم نفقات الإصلاح والإبقاء ، لأن هذه تكليفات الملكية ، ومن له الملكية عليه تكليفها .

١٥ - وقد ذكر القانون حكماً ، ما كانت ثمة حاجة إلى ذكره ، وهو حكم الرد بعد القبول ، فقرر أن الرد فى هذه الحال فسخ للوصية ، وذلك لا يتم إلا بقبول الورثة أو بعضهم ، لأنه بالقبول ثبتت ملكية الموصى له للأموال الموصى بها ، وإذا ثبتت لا تنتقل إلى غيره إلا بقبول منه ، فلا بد لفسخ الوصية من قبول الورثة .

ووجه عدم الحاجة إلى ذكر ذلك فى هذا القانون أن ترك ذلك فى المبادئ العامة للقانون المدنى أو الشرعى أولى ، إذ أن هذا تبرع من الموصى له للورثة . فدخل تحت أحكام التبرع العامة ، فكان ينبغى تركه لها ، ولأن قانون الوصية اعتبر ذلك فسخاً للوصية ، وفسخ الوصية يكون بين الطرفين اللذين أنشأ العقد ، ومنشئ الوصية ، هو المتوفى ، وقد مات ، فكان اعتبار ذلك من أنواع الفسخ محل نظر ، لأنه لا يتفق مع المنطق الفقهى للعقود ، ولأنه إذا قبل ثم ردت المعاملة بينه وبين الورثة بأشخاصهم لا باعتبار تمثيلهم للمتوفى ، فكان الاكتفاء بواحد وتسمية ذلك فسخاً بعيداً عن غريباً ؟ فإذا كانت عليه ديون ، وقد أفلس بعد القبول لا تتعلق ديونهم بذلك الجزء من المال بعد الفسخ ، لأن الفسخ نقض للتصرف من أصله ، وإذا نقض التصرف من أصله ، زالت الملكية مستندة فى زوالها إلى وقت الوفاة ، وإذا خرج الفسخ ذلك التخريج ، وهو الظاهر ، فى ذلك مضارة بالدائنين بالارباب ، وخصوصاً أنه ليس للرد بعد القبول أمد محدود ، بل يجوز أن يكون القبول ، ثم الرد ، وبينهما بضع سنين أو أكثر من ذلك ، وإن اعتبرنا الرد فسخاً بالنسبة للموصى له ووارثه فقط ، ويكون فى حكم إنشاء تبرع جديد ، بالنسبة لغيرهما ، فلا ضرر ، ولكن ذلك غير

ظاهر ، ولا يوجد ما يدل عليه . بل يدل القانون على ضده ، ولا يصح فهم القانون بما يدل على ضده .

هذا كان خيراً لو استبعد ذلك الجزء ، وترك المبادئ العامة للقانون ، وسندين مصدره الفقهي^(١) عند بيان المصادر الفقهية للأحكام الخاصة بالقبول كلها .

١٦ — قد بينا ركن الوصية ، وطريق انتقال الملكية فيها ، كما جاءت في القانون ، ولم نبين المصادر الفقهية لها ، وبعضها متفق عليه ، وبعضها فيه خلاف يسير وبعضها فيه خلاف كبير ، تعارضت فيه نظريات فقهية للمذاهب المختلفة ، واختار القانون أحد الوجوه فيها ، وبعضها مستنبط لو اضعى القانون من قواعد الفقه العامة ، وإن لم تذكر في مذهب معين .

فقد اتفق الفقهاء (١) على أن القبول لا يكون إلا بعد الوفاة ، ولا عبرة به في حياة الموصى ، (٢) وانفقوا على أن الوصية تنشأ بإيجاب من الموصى ، ولكن شرط ثبوت الملكية أو لزومها هو القبول بعد وفاته ، (٣) واتفقوا على أن القبول ، أو الرد لا يشترط أن يكون فور وفاة الموصى ، بل يثبت على التراخي ، وأنه يقبل عن المجنون ، والمعتوه ، والصبي غير المميز له الولاية عليه . هذه مواضع الاتفاق بين الفقهاء ولم يخرج عنها القانون ، أما مواضع الخلاف بينهم فكثيرة ، وهى ماعدا المتفق عليه ، ولنبتدىء بذكرها ، مبينين أوجه النظر المختلفة في إيجاز من غير إططاب .

١٧ — وأول مسألة خلافية ، هى فى أصل اشتراط القبول لزوم الوصية . فإن زفر^(٢) خالف فى ذلك ، وقال الوصية تلزم بالموت من غير حاجة إلى قبول ، ومقتضى كلام الناقلين عنه أنها لا ترد بالرد عنده .

(١) المصدر الفقهي لهذه الفقرة هو مذهب أبى حنيفة ، ورأى فى مذهب الشافعى ، وسندين ذلك ، ثم مع هذا لا نرى أن من المصلحة وجودها فى هذا القانون فى مثل أحوالنا ، وعصرنا الذى تعقدت فيه المعاملات بين الناس .

(٢) وذلك فى إحدى الروايتين عنه ، وفى الرواية الأخرى رأيه كراى الجمهور (راجع البدائع ، والزيلعى ، والمبسوط) .

وحجته أن ملك الموصى له يثبت بالخلافة ، كما يثبت ملك الوارث ، لأن الانتقال في كليهما كان مقترناً بالموت ، ولا يثبت إلا به ، فكان الوضع الفقهي لنوع الملكية واحداً وهو الخلافة ، بيد أن الميراث باستخلاف الشارع ، والوصية باستخلاف الموصى ، وإذا كان الميراث لا يلزم فيه القبول فكذلك الوصية .

وحجة جمهور الفقهاء أنه لا شيء يدخل في ملك الإنسان جبراً عنه غير الميراث بمقتضى نص الشارع ، ولأن الموصى يجب أن يعطى حق الرد دفعاً لاحتمال الضرر ؛ لأن ضرر المنة ثابت ؛ ومن الناس من لا يقبله ، فحق له أن يرد دفعاً لذلك الضرر عن نفسه ؛ ولأن الموصى به قد يكون ملزماً بمؤن أكثر مما فيه من نفع ، ومثلوا لذلك بمن أوصى لشخص بعبيد كلهم عميان ، لا يحسنون عملاً ، فإننا لو قلنا إن الملكية تثبت بمجرد الوفاة من غير حاجة إلى قبول ، أو أنها لا ترد بالرد ، يكون الغرم على الموصى له أكثر من الغنم ، وفي ذلك من الضرر به ما فيه . ولا يصح أن تقاس الوصية على الميراث لمجرد ثبوت الاستخلاف في كليهما ؛ لأن الاستخلاف في الميراث من الشارع ، وله ولاية الإلزام ، فصح أن تكون الملكية في الميراث بالإيجاب ، وأما الاستخلاف في الوصية فمن الموصى ، وهو لا يملك إلزام الموصى له ، فكان لابد من قبوله ، أو على الأقل يكون له الحق في الرد دفعاً لضرر المن ، ولما عساه يكون من مؤن تلزم ، وقد تربو على الفائدة . ولتحقق الامتلاك الاختياري بلا شك في هذه المسألة أخذ القانون برأى جمهور الفقهاء .

١٨ — وثاني مسألة جرى فيها الخلاف ، ولكنه خلاف هين كسابقه ، أن زفر يرى أن الوصية إذا ردت في حال حياة الموصى بطلت ، وذلك لأن الرد أبطال الصيغة المنشئة ، وجعلها غير مفيدة لمؤداها ، فإذا حصلت الوفاة بعد ذلك ، فقد حصلت ، والصيغة لا وجود لها ، فلا ملكية تثبت بمقتضاها ، ولا يحجبها قبول جديد للموصى له .

وجهور الفقهاء أنه لا عبرة بالقبول أو الرد في الحياة ؛ لأن حكم الوصية أى

أثرها الشرعى المترتب عليها لا يثبت إلا بعد الوفاة ، فلا اعتبار للقبول أو الرد إلا من وقت حصوله ، كمن يقول لامرأته أنت طالق غداً إن قبلت إعطائي مائة دينار ، فإن قبولها أو ردها لا قيمة لها إلا إذا جاء وقت التنفيذ ، وهو الغد ، فإن ردت أو قبلت قبل ذلك ، فلا اعتبار لكلامها^(١) .

والقانون قد أخذ بلا ريب برأى الجمهور ، وعندى أنه لو أخذ القانون برأى زفر ، لكان فى ذلك اعتبار لأقوال الناس ، واحترام لها ، وفيه مصلحة للموصى ، أما وجه الاحترام للأقوال فلأنه يجب أن تصان عبارات الناس عن اللغو والعيب ، وإذا رد الوصية ، ولم نأخذ برده فى حال حياة الموصى فقد ألغينا إرادته فى وقت معين ، وأما وجه المصلحة ، فلأن الموصى قد يكون من مقاصده تبرع آخر معين لو رد الموصى له ، فإذا استبان له ذلك فى حياته باعتبار رده نهائياً — وجه ماله الذى تجوز فيه الوصية إلى ما يراه من أبواب الخير والصدقات .

١٩ — وثالث المسائل التى جرى فيها الخلاف مسألة حقيقة القبول المطلوب ، أهو القبول الإيجابى ، الذى يكون بالقول أو ما يقوم مقام القول من كل عمل إرادى يدل على الرضا بالوصية ، كالنصرف فى العين تنصرف الملاك ، أم يكتفى بالقبول السلبي ، وهو عدم الرد الصريح ، أو ما يقوم مقامه ، قال أبو حنيفة والصاحبان : إن القبول المطلوب هو عدم الرد ، ولأنه بذلك يستقيم التفريع فى الفقه الحنفى ، وعلى ذلك إذا مات الموصى من غير أن يصدر عنه ما يدل على القبول أو الرد انتقل الملك فى الوصية إلى ورثته ، واعتبر قابلاً ، وانسحبت الملكية إلى وقت الوفاة ، وقال مالك والشافعى وأحمد^(٢) لا بد من القبول بالقول أو ما يقرم مقامه ولا يكتفى بعدم الرد ، وعلى ذلك إذا مات الموصى له قبل أن يعرف له قبول

(١) تبيين الحقائق ج ٦ ص ١٨٤ .

(٢) فى مذهب أحمد رأى آخر يقول إن الوصية تبطل إذا مات الموصى له قبل القبول أو الرد ، وقال المغنى أنه قياس المذهب ، لأنه خيار لا يعتاض عنه . كخيار المجلس والشرط وخيار الأخذ بالشفعة (راجع المغنى ج ٦ ص ٤٣٩) وفى مذهب مالك مثل ذلك رأى .

أورد ، ينتقل ذلك الحق إلى ورثته ، وقد كان الخلاف في هذا الفرع الجزئي تحت سلطان ذلك النظر السكلي .

ولكن الحنفية مع تقريرهم أن الموصى إذا مات قبل أن يعرف له قبول أورد ، تتقرر الوصية ، وتنقل الملكية إلى ورثته باعتبارها قد انتقلت إليه في حال حياته — قد قالوا إن ذلك هو الاستحسان ، والقياس كان يوجب ألا تنتقل وتبطل ، أو ينتقل الحق في القبول أو الرد إلى الورثة ، إذ أنها إذا بطلت كان ذلك منطبقاً على القواعد الفقهية ؛ لأن الوصية قد فقدت شرط لزومها من له ذلك الحق فتبطل ، وإذا قلنا إن ذلك ينتقل إلى الورثة يكون موافقاً أيضاً للقواعد الفقهية . وذلك لأن الورثة خلفاء المتوفى في كل ماله من حق ، وقد كان الموصى الفقهاء من الحنفية قرروا أن الملك يتقرر ويثبت ، يخالفوا بذلك القياسين ، وكان استحساناً ؛ ووجهه أن الشرط في انتقال الملكية بالوصية ليس هو القبول ، بل عدم الرد ، وقد تم ذلك بموته من غير أن يعرف له رد ، وإنما كان الشرط عدم الرد فقط ، لأن اشتراط القبول إنما هو لدفع مضرة المنة ، وما عساه يكون من مضار المؤمن في العين الموصى بها ، وذلك يتحقق بعدم الرد ، فيكتفي به ، وقد تحقق بموته من غير أن يرد ، ولأن الوصية من جانب الموصى قد تمت بموته تماماً لا يلحقه الفسخ من جهته ، وإنما يتوقف لحق الموصى له ، فإذا مات دخل في ملكه ، كافي البيع المشروط فيه الخيار المشتري أو البائع ، ثم مات من له الخيار ، قبل الإجازة ^(١) . هذه حجة الحنفية ، وحجة الحنابلة والشافعية والمالكية أن الوصية بعد الموت نصير لازمة بالنسبة للموصى ، فلم تبطل بموته ، بل تقررت من جانبه به ، وإذا كان الموت لم يبطلها من جانب ، فلا يبطلها من الجانب الآخر ^(٢) . وقد اختار القانون رأي الأئمة الثلاثة ، كما علمت من الموجز الذي ذكرناه ، فقد جعل حق القبول والرد ينتقل إلى الورثة .

(١) البدائع ص ٣٣٢ ج ٧ ، وتبيين الحقائق ج ٦ ص ١٧٤ .

(٢) المغني ص ٤٣٩ ج ٦ .

٢٠ - وبذلك المسلك الذى سلكه القانون يكون قد أعطى الموصى له وورثته حق الرد والقبول متراخيا غير محدود بالوقت إلا إذا كان مايدل على الرد أو القبول صراحة ، وقد يحدث من ذلك ضرر بالموصى به ، وضرر بالورثة ، فلا يعرفون أهم ملاك للعين فيرعوها ، أم مالكها غيرهم فيتركوها له ، وقد يريدون القسمة ويحول بينهم وبينها استمرار الوصية معلقة بين القبول والرد . ولهذا سد القانون ذلك النقص ، وجعل لهم الحق فى طلب القبول أو الرد فى مدة معلومة ، حدها القانون بثلاثين يوما كاملة ، إن لم يقبل فيها اعتبر رادا ، إلا إذا كان له عذر مقبول .

وقد ذكرت المذكرة أنها اعتمدت فى هذه الفقرة على مذهب الشافعى وأحمد ، والأصل فى ذلك أنه نص فى مذهب هذين الإمامين على أن الموصى له إذا لم يقبل ولم يرد كان لورثة الموصى أن يطالبوه بالقبول أو الرد ، فإن امتنع من القبول أو الرد حكم عليه بالرد ، لأن الملك متردد بينه ، وبين الورثة ، فوجب حسم الموضوع ليتين لكل ذى حق حقه ، ومثله فى ذلك كمثل من حجر أرضاً لإحيائها ، لكنه إمتنع عن إحيائها ، وكالذى يقف فى مشرعة فلا يأخذ الماء ، ولا يصرفه ، فكلاهما معطل بتوقفه ، فكان لابد فى الأول من إحياء الأرض الموات التى حجرها ، أو يتركها لغيره ينفع بها ، وفى الثانى إما أن يأخذ ثم ينصرف ، وإما أن يصرفه ، ولا يعطل الناس عن أخذ الماء ؛ كذلك الموصى له إذا لم يقبل ولم يرد الوصية هو معطل للموصى به ، فلا يعلم أهو له بقبوله أم هو لورثة الموصى به برده ، (١) .

وإذا كان لورثة الموصى حق فى أن يطلبوا القبول أو الرد من الموصى له ، وأنه إذا لم يجب اعتبر رادا ، فقد حد القانون أمداً معقولاً يكون مدة كافية للتروى ، وتدبر الأمر ، وهى ثلاثون يوماً كاملة ، بحيث إذا لم يجب فى أثناءها اعتبر رادا ، وذلك حد حسن مقبول .

(١) ألزم التبرعات للاستاذ المرحوم أحمد ابراهيم بك .

٢١ - ومن المسائل التي تحتاج إلى نظر وتأمل بعض ما اشتملت عليه المادة الرابعة والعشرون؛ فإنها تنص على أنه إذ رد الموصى له بعض الوصية، وقبل بعضها أو إذا قبل بعض الموصى لهم، ورد بعضهم، لزمت في القدر المقبول وبطلت في غير المقبول، وقالت المذكرة التفسيرية في بيان هذا الجزء من المادة المذكورة «مطابقة للقبول الإيجاب ليست شرطاً في لزوم الوصية، فقبول الموصى له بعض الوصية، ورد البعض، وقبول بعض الموصى لهم في عقد واحد، ورد الباقيين، معتبر وتلزم الوصية، فيما قبل، وتبطل فيما رد، وهو مذهب الحنفية». وهذا الكلام يدل على أن أصل هذه المادة مذهب أبي حنيفة، وذلك كلام مقبول، ولكن كون مطابقة الإيجاب للقبول ليست بشرط في مذهب الحنفية، وبناء تلك الأحكام المذكورة على ذلك موضع نظر في بعض أجزائه.

وإن المذهب الحنفي يقرر بلاريب أن قبول بعض الموصى لهم، ورد بعضهم لا يبطل الوصية، ولقد قال في ذلك السرخسي في مبسوطه «لو أوصى رجل لرجلين بثلاث ماله، فرد أحدهما الوصية بعد موته كان للآخر حصته من الوصية إذا قبل، لأنه في حق الراد منهما بطلت الوصية برده، ولو بطلت بسبب آخر بأن كان وارثاً جاز في حصة الآخر؛ فكذلك إذا بطلت برده، وهذا لأن الشيوع لا يمنع صحة الوصية بخلاف الهبة، فإن القسمة مشروطة فيها لتمام القبض، والقبض ليس بشرط لوقوع الملك في الوصية».

فهذا الكلام يفيد بلاشك أنه يجوز نفاذ بعض الوصية وبطلان بعضها، ولو كانت في عقد واحد.

ولكن المذكرة تقول إن الموافقة بين الإيجاب والقبول ليست بشرط، ولقد وجدنا في البدائع التصريح بأن المطابقة شرط، فهو يقول:

«أما الذي يرجع إلى نفس الركن، فهو أن يكون القبول موافقاً للإيجاب، فإن خالف الإيجاب لم يصح القبول، لأنه إذا خالفه لم يرتبطا، فبقى الإيجاب بلا قبول، فلا يتم الركن، وبيان ذلك: إذا قال لرجلين: أوصيت بهذه الجارية

لكما ، فقبل أحدهما بعد موت الوصى ، ورد الآخر لم يصبح ؛ لأنه أوصى لهما جميعاً ، فكان وصية لكل واحد منهما بنصف الجارية ، وكانت الجارية بينهما لو قبلا ، فإذا رد أحدهما لم يوجد الشرط ، وهو قبولها جميعاً ، فبطلت الوصية ، ولو أوصى بها لإنسان ، ثم أوصى بها لآخر ، فقبل أحدهما بعد موت الموصى ، ورد الآخر ، فالنصف للموصى له ، والنصف لورثة الموصى ، (١) .

وهذا الكلام يستفاد منه أمران : (أحدهما) أن موافقة القبول للإيجاب أمر لا بد منه ، وهو بهذا يخالف ولو في ظاهر القول المذكورة الإيضاحية ، (وثانيهما) أن الوصية لشخصين في عقد واحد تقتضى قبولها معاً أو ردهما معاً ، وبهذا يختلف البدائع عن المبسوط .

ولكن يلاحظ أن موضوع الوصية الذى ذكره السرخسى غير موضوعها الذى ذكره البدائع ، فإن الموصى به الذى ذكره البدائع لا يقبل القسمة ، فكان اشتراط قبولها معاً يحتمل يرجحان أن يكون ملاحظاً ، وبذلك علل البدائع ، وعليه يستقيم قوله . أما موضوع الوصية الذى ذكره السرخسى ، فهو ثلث المال كله . وهو على ظاهر القول قابل للقسمة ، وعلى ذلك يكون اشتراط الاجتماع غير ملاحظ ، ولا يوجد ما يدل على قصده .

ونتهى من هذا إلى أن موافقة الإيجاب والقبول ضرورية إذا كان الموصى قد قرن الوصية بشرطه ، أو كان كلامه يفيد التقييد بشرطه ، أو كان موضوع الوصية يجعل اشتراط شرط معين (وهو الاجتماع مثلاً دون التجزئة) مفهوماً ، ولو بطريق الظن اراجع .

ومن هذا التحليل نتهى إلى أن التطابق بين الإيجاب والقبول بمعنى أن يكون المقبول من الوصية مساوياً للبقدار الموصى به غير مطلوب ، إلا إذا اشترط الموصى عدم التجزئة ، فإن شرطه محترم ومن المقرر فى باب الوصايا فى الفقه الحنفى أن الشروط فيها محترمة ، بذلك جاء القانون أيضاً مع تقييدها فى دائرة المقاصد الشرعية .

(١) البدائع ج ٧ ص ٢٣٤ .

٢٢ — ومن المسائل التي اختلفت فيها الفقهاء رد الموصى له بعد قبوله ، فإن الحنفية أجازوه وقالوا إن الموصى إن رد بعد قبوله ، فإن قبل الورثة جميعاً فسخت الوصية ، وإن قبل أحدهم تفسخ أيضاً ؛ لأنه قائم مقام الموصى ، وكل وارث يصح أن يقوم مقامه .

وأساس ذلك المذهب أن الرد عليهم فسخ للوصية ، وهم قائمون مقام الموصى ، وكان يمكن أن يرد عليه لو كان حياً إذا قبله ، فكذلك إذا ردها على الورثة الذين يقومون مقامه ، وهذا لأن فسخ العقد ، يلاحظ فيه أصل انعقاده ، فإن كان ينعقد بالإيجاب والقبول ، فكذلك يجب فسخه بالتراضى ، وقد قال السرخسي في المبسوط : وإذا رد على بعض الورثة دون بعض ، ففي القياس هذا باطل ، لأن هذا تملك منه لمن ردها عليه ، ولكننا نستحسن ، فنجعل ذلك كالرد على جماعتهم ، وكان بينهم على فرائض الله تعالى ، لأن أصل العقد كان بينه وبين الموصى والرد فسخ لذلك العقد ، ويجوز بينه وبين الموصى أيضاً ، وأحد الورثة يقوم مقام الورثة في حقوقهم بجماعتهم ، فكان الرد على أحدهم بمنزلة الرد عليهم ، أو هذا فسخ لقبوله ، وهو ينفرد بفسخ القبول في حق نفسه ، وإنما كان لا يثبت في حق الورثة إذا أبوا ذلك دفعاً للضرر عنهم ، وعن مورثهم ، فإذا رضوا بذلك ، أَرْضَى بِهِ أَحَدُهُمْ ، وهو قائم مقامهم في فسخ القبول منهم ، وصار كأنه رد قبل أن يقبل ، فيكون ميراثاً للورثة ،^(١) .

هذا مذهب الحنفية ، وهو يتفق مع القانون ، وقد ذكرت المذكرة الإيضاحية أنها أخذت الفقرة الخاصة بذلك من هذا المذهب .

ولكى يتبين الأمر على وجهه ، وليتبين مقدار التوفيق لمن وضعوا أسس ذلك القانون ننقل لك بعض الأقوال في هذا المقام .

لقد ذكر المغني أن الرد بعد القبول له حالان : إحداهما ، أن يرد بعد القبول والقبض ، فلا يصح الرد ؛ لأن ملكه قد استقر عليه فأشبهه رده بسائر ملكه ،

(١) المبسوط ج ٢٨ ص ٤٩ .

إلا أن يرضى الورثة بذلك ، فتكون هبة منه لهم تفتقر إلى شروط الهبة ، أى أنها تأخذ أحكام التبرعات المنشأة التي لا ترتبط بكون سبب الملك الوصية أو غيرها . (ثانيهما) أن يرد بعد القبول ، وقبل القبض ؛ فينظر ، فإن كان الموصى به مكيلاً أو موزوناً صح الرد ، لأنه لا يستقر ملكه عليه قبل قبضه ، فأشبهه رده قبل القبول ، وإن كان غير ذلك لم يصح الرد لأن ملكه قد استقر عليه ، فهو كالمقبوض ، ويحتمل أن يصح الرد بناء على أن القبض معتبر فيه .

، ولاصحاب الشافعى فى الحال الأخيرة وهى حال الرد قبل القبض وجهان . (أحدهما) يصح الرد فى الجميع ، ولا فرق بين المكيل والموزون وغيرهما ، وهذا هو المروى عن الشافعى ، لأنهم لما ملكوا الرد من غير قبول ملكوا الرد من غير قبض ، لأن القبض يقرر الملكية ويثبتها ، فكان الرد قبله ، كالرد قبل القبول ، إذ ملك الموصى له لم يستقر عليه قبل القبض ، فصح رده ، كما كان قبل القبول ، والوجه الثانى لا يصح الرد ، لأن الملك يحصل بالقبول من غير قبض (١) ، . هذا ما ذكره المغنى ، ويستفاد منه أن مذهب أحمد والشافعى أن الرد بعد القبض لا يجوز ، ولا يسوغ ، لأن الملك قد ثبت بالقبول ، واستقر بالقبض ، فالرد بعد ذلك تبرع خالص تجرى عليه كل أحكام التبرع المبتدأ من غير استناد إلى سبب آخر غيره .

وأما الرد قبل القبض ، ففيه أقوال ثلاثة فى هذين المذهبين (أحدهما) التفريق بين المثل والقيمى ، فالمثل يجوز رده ، لأنه يتعين تعييناً كاملاً بالقبض ، فالقبض يقرر الملكية فيه ، فيجوز الرد قبله ، والقيمى معين بنفسه من غير حاجة إلى قبض أو إشارة تعينه ، فثبتت الملكية فيه مقرر ، فلا يحتاج إلى قبض ، فلا يسوغ رده (ثانى الأقوال) أنه يصح الرد من غير تفرقة بين مثل وقيمى ، لأن القبض تستقر به الملكية ، وقبله لم تستقر .

(١) المغنى الجزء السادس ص ٤٣٧ .

(نالتها) أنه لا يصح الرد بلا تفرقة بين مثلي وقيمى لأن الملكية ثبتت فكل رد تبرع مبتدأ به .

٢٣ — هذه أقوال أربعة أولها قول الحنفية ، ثم هذه الأقوال الثلاثة التي ذكرناها ، ثم اتفاق أحمد والشافعى على أن الرد بعد القبض لا يجوز ، ألا ترى أن الذين وضعوا المواد الأولى لهذا القانون لم يكونوا موفقين عندما اختاروا الأخذ بمذهب أبى حنيفة ، لأنه يقتضى مع المنطق الفقهي للمذهب الحنفي نفسه والقانون ، إذ كلاهما يقرر أن الملكية تثبت بالقبول ، فلا تخرج إلا بتمليك مبتدأ ، ونظرية الفسخ مخالفة للقياس الفقهي ، وفوق هذا إن هذا قد يؤدي إلى أمور لا تتفق مع نظم التعامل اليوم ، فقد يوصى لشخص فيقبل الوصية بعد موت الموصى ، وبعد عشرات السنين يرد فراراً بما له من دائنيه .

ولقد كان الأولى أن يؤخذ بمذهب الشافعى الأخير الذى لا يسوغ الرد بعد القبول أو على الأقل يؤخذ بمذهب أحمد والشافعى فى عدم تسويغهما الرد بعد القبض ، وكلا الرأيين عدل مستقيم ، وإن كان الأولى هو الأخذ بالأول دون الثانى .

٢٤ — بينا فيما سبق مصادر القانون فيما يتعلق بأصل اشتراط القبول ، ووقت القبول والرد ، وحكم الرد قبل القبول وبعده ، ورد البعض وقبول البعض ، وبقي أمران لم تبين مصادرهما : أولها — من يعتبر قبوله ، وثانيهما وقت ثبوت الملكية بالقبول ، وهو موضع خلاف بين الفقهاء سنبينه .

أما الأمر الأول ، فقد اتفق الفقهاء على أن الموصى له المعين بشخصه إذا كان ذا ولاية كاملة غير محجور عليه يقبل عن نفسه ، إذ ليس لأحد عليه سلطان ؛ كما اتفقوا أيضاً على أن الموصى له المعين بشخصه ، يقبل عنه وليه المالى إذا كان فاقد الأهلية ؛ لأنه ملغى العبارة . هذان أمران هما موضع اتفاق بين الفقهاء . وإنما جرى الخلاف فى انقبول عن الجنين والسفيه وناقص الأهلية ، وفى القبول عن غير المحصورين ، وفى القبول عن الجهات .

٢٥ — أما الجنين ، فالمذهب الحنفي أن الوصية له لا تحتاج إلى قبول ،

بل تدخل ملكه استحساناً ، لأن الجنين ليس له ولى يقبل عنه ^(١) .
 لكن بعض الشافعية والحنابلة قرروا أن الوصية له تحتاج إلى القبول ،
 ويكون الذى يتولاه هو الولى عليه بعد الولادة ، وذلك معقول فى ذاته ، لأن
 الولادة مستقر وجوده وصحة الوصية له ، وفى هذا الوقت سيكون له ولى
 يتولى عنه لاحالة ، فإذا جعل لهذا الولى الحق فى القبول والرد على ما يكون
 فى نظره الحظ له ، فقد صارت له الولاية فى وقتها ، وقبل ذلك لا يتأكد
 استحقاقه ؛ إذا عساه يولد ميتاً .

ولقد أخذ القانون بذلك الرأى ، ونصوصه لاتفيد تأجيل القبول إلى ما بعد
 الولادة ، بل تجعل له القبول والرد من ذلك الوقت ؛ لأن القوانين القائمة تفرض
 له وصياً ؛ أو ولياً يحافظ على حقوقه .

والواقع أن فرض ولى مالى للجنين لا يفترق عن الفقه كبيراً ، لأن الفقه
 يفرض أن للجنين أميناً يحافظ على ماله ، حتى يولد حياً فيسلم ماله للولى أو
 الوصى والغالب على الظن أن يكون نفس الولى هو الأمين ، والفرق الجوهرى
 بين الفقه والقوانين القائمة ، أن القوانين القائمة تجعل له تصرفات الأوصياء ،
 والفقه لا يجعل له إلا المحافظة ؛ والتصرفات التى تكون سبيلاً لهذه المحافظة .

٢٦ - والوصية على غير المحصورين إذا لم يكن فيها ما ينبئ عن الحاجة تكون
 باطلة فى المذهب الحنفى بخلاف القانون ، كالوصية على أهل القاهرة أو الوصية على
 قبيلة لا يحصى عددها ، والسبب فى ذلك أن الوصية تملك ، ولا بد لصحة التملك
 من تعيين المملك ، وغير المحصورين غير معينين فيعد الموصى له غير معلوم ،
 فلا يصح تملكهم ، ولا يمكن تخريجها على وجه غير ذلك النوع من التملك مادامت
 العبارة ليس فيها ما يشعر بالحاجة .

(١) الزيلعى ص ١٧٥ ص ٦ ، وهذا مشهور فى المذهب الحنفى ، فقد قال الخير الرملى
 ، والنقل فى عدم ولاية الوصى على الجنين متظاهر جداً ، واقد قال ابن عابدين تابعاً
 لشيخه إنه يصح للأب أن يقيم وصياً على الحمل ، ولكن لا تثبت ولايته عليه إلا بعد ولادته .

وإن كان في العبارة المنشئة للوصية ما يشعر بالحاجة كفقراء القاهرة ، أو يتاماها ، أو من لا مأوى لهم ، فإن الوصية تنعقد ، وبالموت تلزم ، وذلك لأنها صدقة انصرفت العبارة إليها بما احتوى اللفظ من الإشارة المنبئة عن الحاجة ، والتصدق تمليك لله سبحانه وتعالى ، فالمملك معلوم ، لأنه الواحد الأحد ذو الجلال والإكرام ، فصحت الوصية .

ولكنها تلزم من غير حاجة إلى قبول أحد ، ولزومها يكون بعد الوفاة ، إذ تكون كالوقف ، والوقف ينشأ ويلزم من غير حاجة إلى القبول ، ولأن الشرط في الملكية بالوصية عندهم ليس هو القبول ، بل الشرط عدم الرد ، وليس لواحد بعينه أن يتولى الرد بالنيابة عن اليتامى أو الفقراء ، أو المساكين ^(١) .

وقد قرر ذلك الرأى ، وهو لزوم الوصية لغير المحصورين من غير حاجة إلى قبول أكثر الخنابلة والمالكية ، فقد ذكر المغنى أن الوصية إن كانت لغير معين كالفقراء والمساكين ، ومن لا يمكن حصرهم ، كبنى هاشم ، وتميم ، أو على مصلحة كمسجد ، أو حج لم تقتصر إلى قبول ، ولزمت بمجرد الموت ، لأن اعتبار القبول من جميعهم متعذر فيسقط اعتباره ، ولا يتعين واحد منهم ، فيكتفى بقبوله ، ولأن الملك لا يثبت لهم بالقبول ، بل يثبت لكل واحد منهم بالقبض ، فيقوم قبضه مقام قبوله ^(٢) .

والشافعية يشترطون ثبوت الملكية بالوصية إذا كانت لمن لا يحصون ، وكانوا ينتمون إلى جهة لها من يمثلها ، ويتكلم باسمها كطلبة العلم بالأزهر ، أو كانت على جهة لها من يمثلها كمسجد له ناظر ، فإن الوصية لا بد لتمامها والإلزام بها من قبول تلك الجهة .

وهذا الرأى يوافق رأى الشيعة الإمامية الإثنا عشرية ، بل إن رأى هؤلاء أوسع شمولاً ، وأكثر إحاطة ، فانهم يشترطون للزوم الوصية ، إذا كانت لغير محصورين ، أو لجهات كمساجد ومدارس القبول من الناظر على الوقف إن

(٢) المغنى ج ٦ ص ٤٤١

(١) البدائع ج ٧ ص ٣٤٣ .

كانت جهة وقف ، أو من الولى عليها أو الحاكم باعتباره المتكلم باسم الكفاة^(١) ، وإذا كان الأمر كذلك ، فليس ثمة جهة يصح أن نقول إنها ليس لها من يمثلها .

٢٧ - وقد اشترط القانون القبول بالنسبة للجهات التى لها من يمثلها ، ولم يشترط القبول بالنسبة للجهات التى ليس لها من يمثلها بل حكم بلزوم الوصية بمجرد وفاة الموصى .

والقانون فى هذا قد سار على الأصول القانونية العامة ؛ لأن المبادئ القانونية المقررة تفرض أن الجهات والمؤسسات شخصيات معنوية لها ذمة صالحة للتعاقد ، تثبت لها الحقوق ، وتجب عليها الواجبات المالية ، وتضمن ضماناً مالياً كل ما يترتب على أعمالها من مضار بالناس ، وإذا كانت الأصول القانونية قد فرضت ذلك الفرض ، وهو أمر لا بد منه بسبب اتساع العمران ، والإكثار من الشركات الصناعية وغيرها ، فإن الوصية لهذه الجهات وصية لمعين ، يقبل التملك ، ومثله هو الذى يقبل عنه ، وإذا كانت الجهة ليس لها من يتكلم عنها كفقراء مدينة ، أو يتأماها ، فإن الوصية تلزم من غير حاجة إلى قبول ، ويظهر أن الدعوى بها تكون حسبة يتولاها أى واحد من الناس ، باعتبارها تتصل بمصلحة الكفاة ، ولأنها أمر دينى ليس له من يطالب بحقه ، فحق على الجميع أن يطالبوا ، وإذا قام بهذا الواجب البعض سقط الخرج عن الباقين .

وقبل أن نترك ذلك المقام نشير إلى أمرين :

(أحدهما) أن القانون شدد فى ضرورة القبول ، وعندى أن الأولى كان الإطلاق إذا كان الموصى لهم غير محصورين ، أو كان الموصى له جهة لها من يمثلها ، فإن ذلك قد يدفع الممثل لها فى بعض الأحوال إن كان من ذوى الغايات غير المحمودة ، وليسوا قليلاً ، إلى الرد فى نظير مكافأة يتأهلها من الورثة ، ولأن فرض الضرر فى قبول الوصايا فرض بعيد فيندر ، بل لا يكاد يوجد مال موصى به من غير شروط توجب التزامات على الموصى له ، مغارمه أكثر من مغائمه . إن ذلك شاذ ، والشاذ لا حكم له ، وإن فرض وجوده ، فالتخلص منه سهل .

(١) راجع كتاب كفاية الأحكام ، وكتاب شرائع الاسلام .

بل إن القانون نفسه اعترف بهذه الحقيقة الثابتة التي لا مجال للريب فيها ، وهي أن الوصايا نافعة نفعاً محضاً بالنسبة للموصى له ، ولذلك حكم بلزومها بالموت من غير حاجة إلى قبول إذا كانت الجهة ليس لها من يمثلها ، ولم يحكم ببطالان الوصية . (ثانيهما) أن الحد الفاصل بين من يحصون ومن لا يحصون قد اختلف فيه الفقهاء فقال محمد من لا يحصون هم من بلغوا مائة ، ومن دون ذلك عدداً يحصون ، وهذا ما عليه المحاكم الشرعية ، وقال أبو يوسف إذا كان الموصى لهم لا يحصون إلا بكتاب ، فهم لا يحصون ، وإن كانوا يحصون من غير كتاب ، فهم يحصون . ويرى الشافعية أن من لا يحصون هم من لا يمكن استيعابهم إلا بمشقة ، ومن كانوا يحصون بغير مشقة فهم يحصون ، وكثيرون من علماء المذاهب المختلفة على تفويض الأمر في هذا إلى القضاء ، ولعل أسلم التقديرات من الإيهام هو رأى محمد الذي أخذت به المحاكم الشرعية .

٢٨ م — هذا ما يتعلق بالمصادر الفقهية التي اعتمد عليها القانون بالنسبة لاشتراط قبول الجهات والمؤسسات ، ولنتقل إلى قبول القاصرين والمحجور عليهم . لقد ذكر القانون أن قبول هذين النوعين من الموصى لهم هو للمولى المالى عليهم ، سواء أكان ولياً شرعياً أقامه الشارع ، أم كان وصياً مختاراً وافقت عليه المحكمة الحسبية ، أم كان قيمياً قد أقامته المحكمة الحسبية من أول الأمر ، وكلية قاصر تشمل نوعين ، هما فاقد الأهلية ، وهو المجنون والمعتوه والصبي غير المميز ، وناقص الأهلية . وهو الصبي المميز ، والمعتوه المميز ، عند من يقسم المعتوه إلى قسمين .

وكلية محجور عليه تشمل البالغ العاقل الذى حجر عليه لسفه أو غفلة ، لأن من حجر عليه لذلك لا يعد قاصراً ، إذ أن القصور وصف للعقل ، وعقل هذا كامل ، بدليل أنه لم يسقط عنه شيء من التكليف الدينى أو الاجتماعى قط ، وإنما النقص فى إدارته لأمواله ، وقدرته على المحافظة عليها ، فكان الحجر عليه لذلك .

وقد ذكرنا أن تولى القبول والرد عن فاقدى الأهلية أمر متفق عليه بين الفقهاء ، لأن عبارة هؤلاء ملغاة لا اعتبار لها ، فلا عبرة بكلامهم قبولاً أو رداً لأن كلامهم من لغو القول .

أما ناقصو الأهلية ، والمحجور عليهم لغفلة أو سفه ، فعبارتهم صحيحة عند الحنفية سليمة تنعقد بها العقود ، ولا يبطل إلا ما كان ضاراً منها ضرراً محضاً ، ويتوقف نفاذها على الأولياء فيما يكون متردداً بين الضرر والنفع ، فإن أجازوها نفذت ؛ وإن لم يجزوها بطلت . أما العقود النافعة نفعاً محضاً ، فإنها تجوز منهم ؛ وتنفذ ، ومن ذلك قبول الهبات ، وقبول الوصايا ، وقبول الاستحقاق في الوقف ، وعلى ذلك لم يكن المذهب الحنفى متفقاً مع القانون في هذه المسألة ، لأن المذهب الحنفى يعتبر قبول هؤلاء ؛ لأنه نافع نفعاً محضاً ، ولا يعتبر ردهم ، لأنه ضار ضرراً محضاً .

ولكن القانون جعل للولى القبول والرد ، وسوى بين فاقد الأهلية وناقصها ، وقد يقول قائل إن القانون قد جعل ذلك الحق للولى أو الوصى ، ولكنه لم يسلب ما للوصى المميز ، والسفيه من حق القبول ، وذلك مقبول ، ولكن روح القانون تمنع ذلك لأن قبول الولى أو رده بإذن من المجلس الحسى (المحكمة الحسبية) فأولى أن يكون عمل القاصر والسفيه في دائرة المنع ، إذ ولاية الولى المسالى غير مطلقة فأولى أن يكون حق القاصر غير مطلق كالفقهاء ، بل أن يكون غير موجود .

ثم إذا تعارضت إرادة القاصر أو السفيه مع الوصى ، إن فوض إليه أمر الرد والقبول ، فإنه بلا شك سيكون القول النافذ قول الوصى ، مع أن حق القاصر في القبول مطلق في الفقه الحنفى .

٢٩ — والقانون قد اعتمد فيما قرر على مذهب أحمد بن حنبل ، فإنه يقرر ، أنه إذا كان فى الموصى لهم من ليس أهلاً للتصرف قام وليه مقامه فى القبول والرد ، وليس له أن يفعل إلا ما للولى عليه الحظ فيه ، فإن فعل غيره لم يصح ،

فإذا كان الحظ في قبولها ، فردها ، فلم يصح رده ، وكان له قبولها بعد ذلك ، (١)
وقبل أن نترك الكلام في هذا المقام نشير إلى ثلاثة أمور هي موضع
نقد في القانون :

(أحدها) أن القانون قد جعل حق الرد سائغاً من الولى المالى ، وقد علمت
أن القبول نفع محض ، وحال الضرر حال نادرة جداً ، ما كان يصح النظر إليها ،
ولعل الذى خفف خطر ذلك الحق كونه كالقبول بإذن من المحكمة الحسبية .

(ثانياً) أنه جعل استئذان المحكمة الحسبية ضرورياً لكل من له ولاية مالية
ولو كان أباً ، وذلك غير ملتئم مع القانون القائم ، لأن القانون القائم ، المنظم للمحاكم
الحسبية أعنى الأب الأمين حسن الرأى والتدبير من كثير من أشرف المحكمة بل
إدارته غير مقيدة تقيدا كاملاً ، فكان غريباً أن يكون له حق الشراء والبيع
في كثير من الأحوال من غير استئذان ، ويمنع من قبول الوصية إلا بعد الاستئذان ،
وهذه مفارقة قانونية غريبة ، بل هي منافرة بين قوانين الدولة ، لا يستساغ
في نظر قانونى مستقيم النظر ، اللهم إلا إذا قلنا إن الأب غير خاضع للمادة المتممة
للعشرين من قانون الوصية ، إذ أنها خاصة بالأولياء الخاضعين للمجالس الحسبية .
وبذلك يتلام القانون في هذه القضية . ولكن لا يسهل قبول هذا ، لشمول
القانون لكل من له الولاية المالية .

(ثالثاً) أن القانون قيد الوصى المالى بالقبول باستئذان المحكمة الحسبية ،
وكنتم أفهم أن يقيد الرد بذلك دون القبول ، لأن قانون المحاكم الحسبية يبيح
قبول الهبات التى لا تكون مقيدة بشرط ، والهبات غير المقيدة بشرط ، كالوصايا
غير المقيدة بشرط ، فإذا كان القانون قد أباح الوصى قبول هذه الهبات ، وجب
أن يبيح له أيضاً قبول هذا النوع من الوصايا ، وإلا كان تفرقاً بين عمليتين
متماثلتين تمام التماثل من غير داع ، فإما أن يغير قانون المحاكم الحسبية ليلتئم مع
قانون الوصية ، وإما أن تحذف هذه الفقرة من قانون الوصية .

٣٠ م — بعد ذلك تنتقل إلى الجزء الأخير من شرح هذه المواد المتعلقة بالقبول

وهو وقت الملكية ، فإنه من المقرر أنه حال احتياج الوصية إلى قبول لا تثبت إلا بالقبول ، وإن كان الموصى قد عين ميعاداً للملكية تبتدى به ، فإنها تبتدىء من ذلك الميعاد ، فإن شروط الموصى محترمة ، ما دامت لا تخالف مقصداً من مقاصد الشرع .

وإذا لم يكن الموصى قد ذكر وقت ابتدائها ، فإن القانون قد ذكر أنها تبتدىء من وقت الوفاة مستندة إليه ، وإن كان طريق ثبوتها القبول ، وعلى ذلك تثبت ملكية الزوائد على طريق أنها نماء الملك أو غلاته ، لا على طريق الوصية ، وقد ذكرت المذكرة الإيضاحية أنها أخذت ذلك الحكم من مذهب أبي حنيفة ومذهب الشافعى ، فأخذت انتقال الملكية من وقت الوفاة من المذهبين ، وأخذت امتلاك الزوائد من مذهب الشافعى ، لأنه يقرر فى الأقوال الراجعة فيه أنها تملك على غير وجه الوصية ؛ ولذا لا تحسب فى الثالث .

٣١ - ومن الحق علينا أن نتكلم فى الموضوع من الوجهة الفقهية ، ونذكر اختلاف العلماء فيه ، ليتبين المصدر الفقهى للقانون تمام التبيين ، فيمكن الرجوع إليه فى تقرير فروعه ، وتفصيل مجمله ، وبيان ما عساه يستبهم تطبيقه فى بعض الجزئيات فى هذا المقام .

لقد قال بعض الحنابلة وبعض المالكية إن الملكية تثبت بالقبول ، وتوجد به ، ولا يستند وجودها إلى ما قبله ، وقال الحنفية والشافعى وبعض المالكية إن الملكية تثبت بالقبول مستندة إلى الموت فى وجودها .

والملكية عند الحنابلة بين القبول والوفاة تكون للورثة ، ونماؤها لهم ، وحجتهم أن الامتلاك بمقتضى الوصية يفتقر إلى القبول ، فلا يمكن أن يكون سابقاً للقبول ، كسائر العقود التى تحتاج إلى القبول ، ولأن القبول من تمام السبب للملكية ، فلا تقدم الملكية على سببها ، ولأننا لو فرضنا أن القبول شرط لثبوت الملكية بالإيجاب ، فهو شرط لتحقيق السبب ، فلا يمكن أن تكون الملكية قبله ، لأن السبب لا يتحقق موجهه بدونه ، لهذا كله كان نماء العين ، وزيادتها على هذا

المذهب ملكا للورثة في الفترة التي تكون بين القبول والموت ، لأنه نماء ملكهم وتناجه أو غلته ، وإذا كان كذلك فهو ملكهم مثله .

أما مذهب الحنفية والشافعية ، فهو أن القبول تثبت به الملكية مستندة إلى الوفاة كما بينا ، وحجتهم في ذلك أن الملك بالوصية مضاف إلى الموت ، فتنفيذ هذا التصرف يكون عند الموت ، والقبول قد ورد على التصرف بهذا الوضع ، فالقابل قد قبل ملكا مضافا إلى وقت الموت ، إذ قد أثبت القبول ملكية متفقة مع الإيجاب ، وهي الملكية المعقبة للموت فوراً ، كالعقد الموقوف على إجازة صاحب الشأن ، فإن أجاز ، فإن الإجازة تكون تنفيذاً للعقد من وقت إنشائه ، وكالبيع المقترن بخيار الشرط ، فإن أجاز من شرط له خيار الشرط ، فإن الإجازة تعتبر مثبتة للملكية من وقت إنشاء العقد وهكذا ، ولذلك تكون زوائد المبيع الناشئة في فترة الخيار ملكا للمشتري بالخيار ، لأن ملكيته مستندة إلى وقت الإنشاء .

وعلى ذلك تكون زوائد العين ملكا للموصى له إذا حدثت بين الموت والقبول ، ولكن اختلف الحنفية والشافعية في وجه ملكية الموصى له للزوائد ، أهى باعتبار أن الزوائد نماء ملكه وثمرته ، وليست بسبب الوصية ، أم تثبت على أنها تتبع الموصى له ، فتكون من ضمن الوصية ، كالوصية بالأرض يتبعها البناء والغراس ، على أنه وصية ثبتت تبعاً ؟ اختلف في ذلك الشافعية والحنفية ، فالحنفية قالوا إن الملك في الزوائد يكون بالوصية على وجه التبع للعين ، كحلية السيف إذا دخلت في الوصية تبعاً له ، وككل متصل بالعقار اتصال قرار يكون تبعاً له في الوصية ، وقال الشافعية إن الزوائد تدخل في ملك الموصى له على أنها نماء ملكه ، لا على أنها وصية .

وأساس هذا الخلاف هو الخلاف بينهما في ملكية العين في فترة التوقف التي هي بين الموت والقبول ، فقد قال الحنفية إنها تكون على حكم ملك الموصى ، كالمراث إذا تعلق به حق الدائنين ؛ وذلك لأن ذمة الميت تبقى بعد وفاته إلى أن تسدد ديونه ، وتنفذ وصاياه ، وذلك لحاجته إلى ذلك ، فإن من الوصايا ما يكون

تداركا لواجبات فائته ، وقد تكون قربات من الواجب عليه أدائها ، وأدناها أن تكون صلوات ، قد جعلت لمن يود أن يصله ، وهذه كلها حاجات له ، وما بقيت له حاجة في ماله ، فذمته باقية في حكم المالك حتى تسد تلك الحاجات ، فالعين الموصى بها على حكم ملكه ، فإذا نمت أو أثمرت فقد نمت على ملكه ، فإذا جاء القبول وثبتت الملكية للموصى له ، أو بعبارة أدق حلت محل ملكية الموصى الذى استمرت ذمته حكما لحفظ حق الموصى له ، فإنها تحل محلها في مقادير الوصية مستندة إلى الموت الذى أضيفت الملكية إليه (١) .

هذا توجيه المذهب الحنفى ، أما المذهب الشافعى ، فيسير في هذه المسألة غير ذلك السير ، إذ أنه يعتبر الملكية في فترة التردد متوقفة ، حتى يتقرر مآل الوصية ، فإن قبلت وآلت الملكية إلى الموصى له استندت إلى وقت الوفاة ، وإن لم تقبل الوصية ، وآلت التركة كلها إلى الورثة ، فإن الملكية تثبت لهم مستندة أيضاً إلى الوفاة ، ولا يصح أن يقال إنه في هذا الوقت كانت العين لا مالك لها ، بل لها مالك ، ولكنه غير معروف ، والقبول أو الرد هو الذى يعرفه ، فإن تم القبول كان الموصى له ، وإلا فالورثة . وقد انبنى على هذا الخلاف في شأن الزوائد كما رأيت ، فقرر الحنفية أنها تملك للموصى له على أنها من توابع العين الموصى بها ، وقرر الشافعية أنها تملك على أنها ثمرات الملكية ، لا على أنها من الوصية ؛ إذ لا تثبت بالتبع للموصى به . إنما تثبت باعتبارها نماء ملكه الخاص .

(١) قد قالوا إن الملكية تكون على حكم ملك الموصى إلى القبول بيقين ، أما بعد القبول والقسمة . فالملكية تكون قطعاً للموصى له مستندة ، وقبل القسمة أ تكون التركة على حكم ملك الميت ، ولذلك تكون الزوائد أيضاً من الوصية ، أم تكون الملكية بالقبول وهى مستندة فتكون الزوائد نماء الملك الخاص ، وعامة المشايخ على الأول ؛ لأن القبول لا تؤكد به الملكية إلا بالقسمة ، كما جاء في البدائع ، والأول إن يقال أن القبول وحده ليس كافياً لتنفيذ الوصية ، بل تنفيذها بالقسمة ، فتبقى التركة على حكم ملك المتوفى إلى أن تنفذ الوصايا ، فيحل الموصى له والورثة محله ، ويكون ذلك مستنداً إلى وقت الوفاة .

ويترتب على اعتبارها في ضمن الوصية عند الحنفية اعتبارها مع العين الموصى بها أصلاً من الثلث ، فإن كان مجموعها مع الموصى بها لا يزيد على ثلث التركة نفذت الوصية من غير حاجة إلى إجازة الورثة ، وإن كانت مع العين الموصى بها لا تخرج من التركة توقف نفاد الجزء الزائد على إجازة الورثة ، وهذا عند أبي حنيفة وأصحابه (١) . وعند الشافعي لا تحسب الزوائد التي حدثت بين القبول والوفاة من الوصية في شيء ، ولذلك إذا زاد مجموعها مع العين الموصى بها على الثلث ، والعين وحدها تخرج من الثلث ، فإن الوصية تنفذ من غير حاجة إلى استئذان أحد . وبالنظر الشافعي أخذ القانون ، إذا اعتبر الزوائد مأكلاً للموصى له ، ولم يعتبرها وصية ومن البدهى أن نفقات العين تكون على مالها ، لأن من له غلاتها ، عليه نفقاتها .

٣٢ — هذا بيان ركن الوصية المنشئ لها ، وحكم القبول ، وأثره في الملكية قد بينا أحكام القانون فيه ، وبيننا المصادر الفقهية ، واختلاف الفقهاء في موضوع هذه المسائل ، وما اختاره القانون قد بيناه بقدر يغني المبتدئ ، وينير الطريق للباحث ، حتى يرجع الفروع إلى أصولها ، وأحكام القانون إلى مصادرها ، والآن ننقل إلى شكل الصيغة .

(١) إذا أوصى بجارية وولدت بعد الوفاة وقبل القبول ، وكان لا يخرج من الثلث فقد ، قال الكاساني في البدائع : « عند أبي حنيفة يعطى للموصى له الجارية أولاً من الثلث فإن فضل من الثلث شيء يعطى من الزيادة بقدر ما فضل ، وعند أبي يوسف ومحمد يعطى الثلث منها جميعاً بقدر الحصص ، وجه قولهما أن الزيادة أن صارت موصى بها صارت كالموجودة عند العقد فيعطى الثلث منها جميعاً ، ولأبي حنيفة أن القول بانقسام الثلث على الأصل والزيادة اضراراً بالموصى له من غير ضرورة ، وهذا لا يجوز ، وبيان ذلك أن حكم الوصية قبل حدوث الزيادة كان سلامة كل الجارية للموصى له ، وبعد الانقسام لا تسلم الجارية له ، بل تصير مشتركة ، والشركة في الأعيان عيب ، خصوصاً في الجوارى فيتضرر به الموصى له ، ولا ضرورة إلى إلحاق هذا الضرر لا مكان تنفيذ الوصية في الأصل دون الزيادة . وهذا الخلاف في الزيادة المنفصلة ، أما المتصلة فانها تقسم بلا خلاف ، لعدم إمكان فصل الثلث من غير ذلك .

الصيغة المنشئة والشروط المقترنة بها والباعث عليها

٣٣ م — الصيغة المنشأة للعقود والتصرفات تنقسم إلى ثلاث أقسام من حيث التجيز والتعليق والإضافة ، فالصيغة المنجزة هي ما تدل على إنشاء العقد وترتيب آثاره في الحال ، كالبيع والشراء ، وغير ذلك من العقود التي وضعت لإنشاء الملك في الحال :

والصيغة المضافة إلى المستقبل ما تدل على إنشاء العقد في الحال ، ولكن تؤخر أحكامه إلى زمن مستقبل ، كاجارة تعقد في الحال ، وتنفيذها بعد شهرين ، فلا تنفيذ إلا بعد الزمن المذكور .

والصيغة المعلقة ما تدل على ترتيب وجود العقد على وجود أمر غير مستحيل الوقوع في المستقبل .

ومن المقرر أن الوصية لا تنعقد بصيغة منجزة ، لأنها تتأخر آثارها إلى ما بعد الموت ، فلا تصح إلا مضافة إلى المستقبل أو معلقة ؛ ومثلها الايصاء ، وقد جاء القانون بهذا المعنى ، كما دلت على ذلك المادة الرابعة (١) .

بيد أن التعبير بكلمة تصح التي جاء بالقانون ليس أدق تعبير ، فلو قال لا تصح الوصية إلا مضافة أو معلقة على شرط ، يكون تعييننا للبراد ، وفيه بيان أنها لا تصح منجزة ، بخلاف تعبير القانون ، فقد يوهم أنها تصح منجزة ، مع أن صيغة ذلك العقد لا يمكن أن تكون منجزة ؛ لأن التجيز يقتضى تنفيذ الأحكام في الحال ، وعدم تأخيرها إلى المآل ، وذلك لا يكون في الوصية ، والايصاء مطلقاً ، إذ لا تكون أحكامهما إلا بعد الموت .

(١) نص المادة الرابعة هو : « مع مراعاة أحكام المادة الثالثة تصح الوصية المضافة إلى المستقبل أو المعلقة بالشروط ، أو المقترنة به ، وإن كان صحيحاً وجبت مراعاته مادامت المصلحة فيه قائمة ، ولا يراعى الشرط أن كان غير صحيح ، أو زالت المصلحة المقصودة منه . والشرط الصحيح هو ما كان فيه مصلحة للبوصى أو الموصى له ، أو لغيرهما ولم يكن منهيًا عنه ، ولا منافياً لمقاصد الشريعة ، :

٣٤ - وقد أجاز القانون أن تكون الصيغة مقترنة بشروط ^(١) ، وأوجب اعتبار بعض الشروط ، وألغى إعتبار بعضها ، فأوجب مراعاة الشرط الصحيح ، ولم يوجب مراعاة الشرط غير الصحيح .

وعرف الشرط الصحيح بأنه ما كان فيه مصلحة للموصى ، أو الموصى له ، أو لغيرهما ، ولم يكن منهياً عنه ، ولا منافياً لمقاصد الشريعة ، ومثال الشرط الذى يكون فيه مصلحة للموصى أن يبدأ فى تنفيذ الوصايا بأداء ما فاتته من واجبات كالزكاة ، أو الحج ، أو القيام ببعض النذور التى نذرها لله ، وعجز عن تنفيذها ، فإن هذه شروط من مصلحة الموصى القيام بها . ومثال الشروط التى تكون فى مصلحة الموصى له - اشتراط أن يبدأ من الوصية بأداء ديونه ، فإن ذلك الشرط فى مصلحة الموصى له . ومثال ما يكون فيه مصلحة لغيرهما أن يوصى بمنفعة دار من أعيان ماله لجهة من الجهات ، على أن يكون لمن لا يجد له مأوى من ذريته حق سكناها ، إن كان فيها متسع له ، أو يكون هو الأولى من غيره بسكناها ، وهكذا .

ومثال الشروط المنهى عنها أن يشترط فى تنفيذ وصاياه تخصيص قدر معين من المال ، ليكون أجرة للنانحة ، أو يشترط لإعطاء الموصى له أن يبقى على حال من المنكر المنهى عنه . ومثال مشروط المنافى لمقاصد الشارع اشتراط العزوبة أو تقييد الأخذ من الوصية بعدم الزواج ، فإن ذلك مناف لمقاصد الشارع الإسلامى . ويلاحظ أن القانون قد قصد إلى أمرين فى الشرط الصحيح :

(الأمر الأول) أن يكون فيه مصلحة بينة بحيث لا يكون اشتراطه عبثاً ، حتى لو كان فيه مصلحة فى وقت ، وتزول فى وقت آخر ، يكون صحيحاً واجب الوفاء فى وقت ثبوت المصلحة فيه ، ولا يكون صحيحاً واجب الوفاء فى وقت عدم تحقق المصلحة فيه ،

(١) الفروق بين التعليق على الشرط والاقتران بالشرط ، أن الاقتران معناه أن تكون الصيغة منشئة للعقد على أن يكون مفيداً فى أحكامه بشروط معينة . أما التعليق فهو أن يرتب وجود العقد على وجود شرط .

فإذا أوصى جماعة من الفقراء بمقدار من المال على أن يكون إنفاقه في كسوتهم ، وكانت مصلحتهم في ذلك — صرف فيها ، فإن كانت مصلحتهم في أخذ نفود ، أو طعام صرف على الوجه الذى يكون فيه مصلحتهم ، فالمصلحة هي الأمر المقصود يدور معها وجوداً وعدماً الحكم بلزوم استيفاء الشرط .
(الأمر الثانى) ألا يكون منهياً عنه ، ولا منافياً لمقاصد الشارع .

وإذا كان الشرط واجب المراجعة هو ما استوفى هذين الأمرين ، فالشرط الباطل الذى لا تلزم مراعاته هو الذى لا يتحقق فيه الأمران معاً ، فإذا لم يكن الشرط فيه مصلحة لأحد ، أو كان منهياً عنه ، أو منافياً لمقاصد الشارع ، فهو باطل لا تجب مراعاته .

وواضح من المادة الرابعة أن الشروط الباطلة لا تؤثر في صحة الوصية ، إلا إذا محضت الوصية للمعصية أو دلت على أن باعث الوصية ومؤداها مناف لمقاصد الشارع ، أما إذا لم تؤد إلى ذلك ، فإنها لا تؤثر في صحة الوصية ، بل لا تلزم مراعاتها وتهمل ، ولا يلتفت إليها .

وذلك لأن المادة الرابعة مقترنة بالمادة الثالثة ، والمادة الثالثة تصرح ببطالان الوصايا التي محضت للمعصية ، أو يكون الباعث عليها منافياً لمقاصد الشارع ، وبملاحظتهما معاً تنتهى إلى أن الشروط الباطلة من حيث تأثيرها في العقد تنقسم إلى قسمين :

القسم الأول — شروط لو نفذت لكانت الوصية محضة للمعصية ، أو لآمر مناف لمقاصد الشارع ، وليس في عبارة الموصى ما يدل على توجيهها إلى أمر مشروع متفق مع مقاصد الشارع إن لم ينفذ الشرط ، كوصية لبغى بشرط استمرار حالها ، فإن الوصية تكون باطلة ، لأنها معصية ، ولا يمكن توجيهها إلى ناحية صالحة للوصية ، والباعث عليها أيضاً معصية بدليل ذلك الاشتراط .

والقسم الثانى — الشروط الباطلة التي لا تؤثر في صحة الوصية ، وتعتبر هي ملغاة لا أثر لها ، وهي الشروط التي لا مصلحة لأحد فيها ، أو فيها منافاة

لمقاصد الشارع ، ولكن يمكن تنفيذ الوصية ، مع عدم الالتفات إلى الشرط
كان يوصى إلى أولاد شخص ، بشرط عدم زواج البنات فان الشرط
لا يلتفت إليه .

٢٥ - ولنرجى الكلام في الوصية التي محضت للمعصية ، أو لأمر ليس
معصية في ذاته ، ولكن هو مناف لمقاصد الإسلام إلى الكلام في تفسير
المادة الثالثة .

ولنتجه الآن إلى بيان فقه القانون في الجزء الخاص بالشروط ، ولنذكر
أولا كلام الفقهاء ذلك ، ثم نبين قرب القانون منها جملة ، أو من بعضها ،
وما يصح أن يكون سناداً له ، أو معتمداً ، وإن كان هو لم يحاول الاعتماد على
مذهب معين في ذلك :

وإنما إذ تنصدي لذلك يجب علينا أن نذكر كلمة موجزة في الشروط المحترمة
في نظر الشريعة ، والشروط التي لا تحترم .

إنه من المقرر أن الشريعة لا تحمي كل الشروط التي يشترطها الناس في عقودهم
بل تعطى تلك الحماية لما يلائمها من الشروط ، وتمنعها عما يخالفها ، ومثلها في ذلك
المنع مثل القوانين الحديثة في نظرها إلى الشروط المخالفة للنظام العام ، فهي
لا تحميها ولا تجيز رعايتها ، بل تعتبرها جريمة في بعض الأحوال .

ولقد اختلف الفقهاء في حدود الشروط التي يحترمها للشرع ونراها على ثلاثة
مذاهب ، كما يستنبط من قواعدهم وفروعهم .

فمذهب الحنيفة والشافعية والمالكية أن كل شرط يخالف الشرع ، أو يزيد
على مقتضى العقد الذي اشترط فيه من غير ورود أثر به شرط لا يقره الشرع ،
ولا يراعه كأن تشترط المرأة في الزواج ألا يتزوج عليها .

والمذهب الثاني ما يؤخذ من أصول كثيرين من الحنابلة ، فإنه يستفاد منها
أن كل شرط لم يقم دليل من الشرع على النهي عنه ، وعلى عدم اعتباره ، فهو ملزم
يجب الوفاء به من غير تقييد بمقتضى العقد ، وذلك لأن الناس عند شروطهم ،

وعليهم رعاية عهودهم ، ولذا أوجب الحنابلة الوفاء بالشروط التي تصحب عقد الزواج كانت تشترط المرأة ألا يتزوج عليها ، وألا ينتقل من بلدها أو دارها ، ويجوز لها فسخ النكاح إذا تزوج عليها ، كما أجازوا اشتراط البائع سكنى الدار المبيعة سنة ، ونحو ذلك ، وهكذا ترى كثيرين من الحنابلة قد فتحوا باب الشروط في العقود من غير قيد ولا شرط إلا شرطاً واحداً ، وهو ألا يخالف الشرط كتاب الله أو سنة رسوله ، وألا يثبت من قواعد الشريعة العامة منعه .

وقال الظاهرية إنه لا يعتبر من الشروط إلا ماورد النص بإثباته ، وقام الدليل على وجوب الوفاء به ، لأن الالتزامات الشرعية لا تأخذ قوتها من أقوال العاقدين وإرادتهما ، ولكن بمايرتبه الشارع على أقوالهم ، ويحكم بأنه أثرلنصرفاتهم فلم يرد من الشارع دليل على اعتبار الشروط التي يشترطها العاقدان لا يلتفت إليها ، ولا يحكم لها بأثر ، ولا تنال قوة التنفيذ .

٣٦ - وقد قسم الحنفية على أساس تقييدهم للعاقدين في الدائرة التي بينها في المذهب الاول الشروط إلى ثلاثة أقسام : شروط صحيحة ، وفاسدة ، وباطلة ، فالشرط الصحيح ما يكون موافقاً لمقتضى العقد ، كاشتراط تسليم الثمن قبل المبيع ، وكاشتراط أن تكون الزوائد للموصى له إن حدثت بعد الموت ؛ أو مؤكداً لمقتضى العقد ، كاشتراط كفيل بالثمن أو يكون قد ورد به أثر ، كاشتراط الخيار في البيع أو قد جرى به عرف ، كان يشترى ساعة ، ويشترط إصلاحها مدة معلومة ، والجزء الاخير عند الإمام والصاحبين ، وزفر لم يعتبر العرف مسوغاً للصحة والشرط الصحيح يلتحق بأصل العقد ويكون حكمه في الصحة وال لزوم حكمه . والشرط الفاسد ما يكون غير موافق لمقتضى العقد ، ولا مؤكد له ، ولم يرد به أثر ، ولم يجز به عرف ، وفيه منفعة لشخص ، سواء أكان أحد العاقدين ، أم كان غيرهما ، كمن يوصى لشخص بعين ، ويشترط أنه إذا مات الموصى له ، والعين الموصى بها قائمة على ملكه تكون لفلان ، ولا تكون لورثة الموصى له ، فإن هذا شرط فاسد ، والشرط الفاسد إذا اقترن بعقد من عقود المبادلات المالية

كالبيع والإجارة والقسمة أفسد العقد ، وإن كان العقد ليس عقد مبادلة مالية ،
كالنكاح والهبة والحوالة والكفالة والوصية كان العقد صحيحاً ، والشرط
لاغياً ، بمعنى أن العقد لا يؤثر فيه الشرط ، ولكن الشرط لا يجب الوفاء به ،
فالشرط لا يلتفت إليه ، لافي الوفاء ، ولا تأثير له في العقد .

والشرط الباطل ما ليس موافقاً لمقتضى العقد ، ولا مؤكداً له ، ولم يرد به أثر ،
ولم يجر به عرف ، وليس فيه نفع لأحد العاقدين ، ولا لغيرهما من أهل الانتفاع
ولا يؤثر ذلك الشرط في أى عقد من العقود ، بل يصح العقد ، ويلغى الشرط .
٣٧ — هذه خلاصة كلام الفقهاء في الشروط ، وقد خصصنا الحنفية ببيان
أقسام الشرط عندهم ، لأن مذهبهم كان معمولاً به في الوصية ، فحق علينا أن
نخصه ببعض البيان .

ولكن الوقف والوصية قد اختصهما الفقهاء ، وخصوصاً فقهاء المذهب
الحنفي بتوسعة قبول الشروط التي يشترطها الواقفون والموصون ، ذلك لأن الوصية
تصرف في المالك جاء على خلاف القواعد الفقهية التي كانت لسائر العقود
للتوسعة على المالك ، لكي يتدارك ما فاتته من واجبات ونذور ، وليصل ببعض
ماله من يرى مصلحة له في صلته ، وليتقرب ببعض الصدقات ، وذلك كله يقتضى
أن يطلق له الحق في الشروط ، ولأن الوصية بالمنافع والوقف كلاهما تصرف
بالمصلحة ، ومن المقرر فقهاً أن تملك المنافع ينقيد بالشرط ، بل يتقيد بكل شرط
لا يكون من الحرام اشتراطه ، ولذلك كان كل شرط في الوقف والوصية مقبولاً
إلا إذا كان الشرط منها عنه ؛ أو كان في تنفيذه ضرر بالوقف ، أو بمصلحة
الموصى لهم من غير نفع مقصود لغيرهم .

ولذلك جاء على ألسنة الفقهاء : شرط الواقف كنص الشارع ؛ والوصية
أخت الوقف في باب الشروط التي يشترطها الموصون ؛ وخصوصاً في الوصية
بالمنافع . بل أن منها ما يكون في ماله من معنى الوقف تماماً .
وفي رحاب تلك التوسعة التي وسع بها فقهاء المذاهب الأربعة فيما استنبطوه

من فقه قد أفرط كثيرون من الواقفين في اشتراط الشروط ، فكانوا يشترطون أن من يستدين لا يستحق ، ويشترطون أن من يتزوج لا يستحق ، ويحرمون بعض الورثة ، ويغدون على الآخرين ، وكان في الوقف متسع لكل ظلم بالشروط واسترسلوا استرسالا في دعوى أن شرط الواقف كنص الشارع ، كما وجد في الوصايا مثل ذلك النحو ، فيوصى لبعض أقاربه من النساء ، ويشترط لاستحقاق الوصية ألا يتزوج ، ونحو ذلك من الشروط التي لا يدعو إليها دين ولا عرف ولا باعث من مروءة وخلق .

ومن أجل هذا وجد من الفقهاء في عصور مختلفة من وقفوا في سبيل هذه التوسعة وقيدوها ، وكان على رأس هؤلاء شيخ الإسلام ابن تيمية ، وتلميذه ابن القيم ، فقد استنكرا أشد الاستنكار تلك القاعدة التي تفتح باب الشروط ، وهي أن شرط الواقف أو الموصى كنص الشارع ، استنكراهما في الوقف ، واستنكرا الاسترسال في مثلها ، أو بالقياس عليها في الوصية ، ومع أنهما من الحنابلة وقد علمت أن الحنابلة يوسعون في الشروط أكثر من غيرهم ، فقد ضيقا في الشروط في الوصايا والأوقاف سدا لباب حسبوه شرا ، لأن من الشروط ما رآوا أن فيه فتحا لباب الفساد ، كاشتراط عدم الزواج في الاستحقاق في الوقف ، أو في الدخول في الوصية .

وأساس الخلاف بين هذين الفقهاء الجليلين وغيرهما من الأئمة في شروط الأوقاف والوصايا التي يشترطها الواقفون والموصون أن أبا حنيفة وأصحابه وسائر الأئمة لا يبطلون من الشروط إلا ما يكون منهياً عنه في الوصايا والأوقاف أو يضر بمصلحة الأعيان والمستحقين ، أما ابن تيمية فيرى ومعه ابن القيم أن كل شرط لا يتفق مع مقاصد الشارع العامة يكون باطلا ، ولو لم ير فيه نهي خاص ، ويوسعان في معنى هذه المقاصد الشرعية ، وكلما وسعا فيها ضيقا من نطاق الشروط الجائرة ، وهنا مفصل الخلاف بينهم وبين الحنفية ، ولنضرب لذلك مثلاً موضحاً ، وهو اشتراط عدم الزواج للدخول في الاستحقاق في الوقف .

أو في الوصية ، فأبو حنيفة وأصحابه لا يرون في مثل هذا الشرط ما يوجب إلغائه ؛ لأنه لم يرد نهى عنه ، وابن تيمية وابن القيم ومن سلك سبيلهما يرون فيه مخالفة لمقاصد الشارع من الحث على الزواج ، ومنع الفساد ، وأن الامتناع عن الزواج رغبة في الأموال قد يوقع في الشر ويشيعه .

وإن شئت تحرير الفرق بين المسلمين ، فقل إنهما اتفقا على أن مخالفة مقاصد الشارع غير سائغة في الشروط ، فكل شرط اشتمل عليها باطل . ولكن الحنفية ضيقوا معنى المخالفة في دائرة المنهى عنه بالذات ، أما ابن تيمية وتلاميذه ، فوسعوا معنى المخالفة ، حتى تشمل كل ما يؤدي إلى فساد ، أو ما يكون ضد المصلحة الاجتماعية .

فابن تيمية وتلاميذه ينظرون إلى مقاصد الشارع العامة ، وإلى آثار تنفيذ هذه الشروط ، وتلاقيها مع تلك المقاصد العامة ، بينما يستفاد من الفروع التي تنص عليها كتب الحنفية أنهم ينظرون أول ما ينظرون إلى هذه الشروط من حيث منافاتها في ذاتها لمصلحة المستحقين ، وكونها متفقة في الجملة مع الشريعة لم تشتمل على منهى عنه ، ولا ينظرون في فروعهم إلى الآثار الاجتماعية العامة لكل شرط ، واعتبر ذلك بالمثال الذي ذكرناه ، وهو شرط التعزب ، فالحنفية لم يتجاوزوا في النظر إليه إلا كونه معصية أو ليس بمعصية ، أما ابن تيمية وتلاميذه فنظروا إليه من ناحية آثاره الاجتماعية ، واتفاه مع المقصد العام للشرع الإسلامي ، وعدم انفاقه .

٣٨ — ولقد قسم ابن تيمية الشروط التي يشترطها الواقفون والموصون ، إلى ثلاثة أقسام .

القسم الأول : عمل يتقرب به إلى الله تعالى ، وهو الواجبات ، والمستحبات فمثل هذا الشرط يجب الوفاء به .

والقسم الثاني : عمل نهى عنه نهى تحريم أو نهى تنزيه ، فاشتراط مثل هذا الشرط باطل بانفاق العلماء ، وقد جعل ابن المقيم من هذا القسم ما كان

من الشروط مستلزماً وجود ما نهى عنه ، إذ هو بمنزلة ما نص على النهى عنه .
ولقد قال : « قد اختلف العلماء في بعض الأعمال هل هو من المنهى عنه ؟
فيختلف اجتهادهم في ذلك الشرط بناء على هذا ، وهذا أمر لا بد منه في الأمة
ومن هذا الباب أن يكون العمل ليس محرماً في نفسه ، لكنه مناف لحصول
المقصود المأمور به ، ومثال هذه الشروط أن يشترط على أهل الرباط إقامتهم فيه
وهذا مكروه في الشريعة مما أحدثه الناس . »

ونما يلحق بهذا القسم أن يكون الشرط مستلزماً ترك ما ندب إليه الشارع .
القسم الثالث — عمل ليس بمكروه في الشرع ولا مستحب ، بل هو مباح
مستوى الطرفين ، فهذا قرر بعض العلماء وجوب الوفاء به ، وغيرهم على أنه
شرط باطل ، فلا يصح أن يشترط إلا ما كان قرينة إلى الله تعالى ، وذلك لأن
الإنسان ليس له أن يبذل ماله ، إلا لما فيه منفعة في الدين أو في الدنيا ، فإدام
الإنسان حياً فله أن يبذل ماله في تحصيل الأغراض المباحة ، لأنه ينتفع بذلك ،
فأما الميت فانه بعد الموت لا ينتفع بشيء من أعمال الأحياء إلا عمل صالح قد أمر به
أو أعان عليه ، أو هدى إليه ، فإذا اشترط الموصى أو الواقف عملاً ، أو صفة
لا ثواب فيها كان السعي في تحصيلها سعيًا فيما لا ينتفع به في دنياه ، ولا في آخرته ،
ومثل هذا لا يجوز .

٣٩ — هذه أقوال الفقهاء في شروط الموصين والواقفين ، وإنا نرى أن
القانون يتجه إلى تقييد الشروط الواجبة التنفيذ ، فضيق في نطاق الشروط الصحيحة ،
ووسع في نطاق الشروط الباطلة ؛ وهو في ذلك يتحوز نحو ابن تيمية وتلميذه
ابن القيم في الوصية والوقف ، ومن اختاروا مسلكه ، ولذلك أكثر من القيود
في الشروط الصحيحة ، وكل قيد من قيودها إطلاقاً لضدها ، وتوسعه فيه .
وقد قيدوا الشروط الصحيحة بثلاثة قيود : أولها أن يكون فيه مصلحة ،
ولو كانت فيه مصلحة وزالت في وقت ما لم يجب الوفاء به ، والثاني ألا يكون
منهياً عنه ، والثالث ألا يكون منافياً لمقاصد الشريعة .

وهنا نلاحظ ملاحظة شكلية في صيغة القانون ، فإنها فيها حشواً ؛ لأنه لم يكن ثمة داع لذكر القيد الثاني وهو ألا يكون منهيّاً عنه ، اكتفاء بالقيد الأخير ، لأن المنهى عنه يدخل في عموم المنافي لمقاصد الشريعة ، إذ المنافي لمقاصد الشريعة يشمل المنهى عنه بالذات أو في الجملة ، ويشمل ما كان مخالفاً لمقاصد الشريعة العامة أو يؤدي الأخذ به إلى وقوع في منهى عنه ، أو مكروه أو ترك أمر مندوب إليه فما كان إذن حاجة إلى ذكر كلمة لم يكن منهيّاً عنه ، استغناء بما بعدها عن ذكرها . ولعل واضح النص أراد أن يجمع بين الشروط غير الصحيحة عند أبي حنيفة وابن تيمية وابن القيم ، فذكر الوصف المذكور عند الحنفية ، وذكر الوصف المذكور في فتاوى ابن تيمية ، وبحوث ابن القيم ، ولكن ذلك لا يمنع أنه حشو لم يكن ثمة حاجة إليه ، وفي الصيغة غناء عنه .

والقانون إذ يتجه إلى توسيع نطاق الشروط الباطلة ، يسلك مسلك ابن تيمية ، بل إنه ينهل من معينه ، لأن تعريفه للشرط الصحيح يتفق مع رأى ابن تيمية تماماً ، مما يدل على أنه اعتمد عليه ، لأنه لم يعتبر إلا الشرط الذي لا يكون منافياً لمقاصد الشارع ، وفيه مصلحة ، أي أنه يكون مطلوباً لتحقيق المصلحة ، فهو لا ينظر في الشرط إلا إلى الفائدة التي تجعله مطلوباً بعد أن يلاحظ أنه غير مناف للمقاصد الشريعة ، وبالموازنة بين هذا وما نقلناه لك آنفاً من كلامه في القسم الثالث من الشروط ننتهي إلى أنه يتفق معه تمام اتفاق ، أو على الأقل يقاربه .

٤٠ م — والآن نريد أن نتجه إلى بيان ما اشتملت عليه المادة الثالثة (١) وهي متصلة تمام الاتصال بالمادة الرابعة ، لأن الأخيرة مرتبطة في لفظها ومعناها بها ، وقدمنا الكلام في الرابعة عن الثالثة ، لأنها تتصل بالصيغة ، وتبين شكلها ، في إضافتها إلى المستقبل ، وتعليقها ، واقترانها بالشرط ، فكان تقديمها (١) نص المادة الثالثة هو « يشترط في صحة الوصية ألا تكون بمعصية ، وألا يكون الباعث عليها منافياً لمقاصد الشارع ، وإذا كان الموصى غير مسلم صحت الوصية إلا إذا كانت محرمة في شريعته وفي الشريعة الإسلامية » .

أولى ، ونحن نتكلم في الإنشاء والركن . أما الثالثة فإنها في الباعث والغرض ، ووصف الوصية من هذه الناحية ، فكان الكلام في ذلك مؤخراً عن الكلام في الركن وشكله .

تعرضت المادة الثالثة لبيان حكم الوصية إذا تمحضت للمعصية ، فتضمنت أن الوصية إذا كانت بمعصية أو كان الباعث عليها منافياً لمقاصد الشارع فهي غير صحيحة . لأن من شروط الصحة ألا تكون كذلك ؟

كما تضمنت بيان حكم وصية غير المسلم فحكمت بأنها صحيحة إلا إذا كانت قد تمحضت لأمر محرم في الشريعة الإسلامية وشريعته ، فإذا كان محرماً في إحداها ، وهو حلال في الأخرى كانت الوصية به صحيحة .

ولكي تلتئم هذه المادة مع المادة التي تليها ، ويستبين الاتصال بينهما ، وجب أن نقول إن المادة الثالثة تبين الوصية إذا تمحضت للمعصية ، كالوصية على أندية القمار ، أو إقامة القباب على المقابر ، أو النياحة على القبور أو وراء جنازات الموتي فتكون باطلة ، لأنه لا توجيه لها إلا في سبيل المعاصي ، ولا مصرف لها سوى هذا السبيل ، والشارع لا يقر الصرف في ذلك فتكون باطلة . أما إذا كانت الوصية موضوعها خير في ذاته ، ولكن اشترط فيها شرط هو معصية في ذاته أو يؤدي تنفيذه إلى منافاة لمقاصد الشارع ، فإن الشرط يلغى ، وتصرف الوصية في مصارف الخير ، ولا يلتفت إلى الشرط المشتمل على المعصية ، وهذا ما تعرضت لبيانه المادة الرابعة ، وإنما صحت الوصية في هذه الحالة مع اشتراط المعصية ، لأنه أمكن توجيهها من الناحية المباحة ، وصرفها في المصارف التي لا إثم فيها ، فنفذت مع ملاحظة أوامر الشارع ونواهيه ، فنفذ منها ما يتفق مع ذلك وأبطل غيره ، ولذلك لم يحكم عليها بالبطلان .

٤١ م — والمادة الثالثة كما نوهنا اشتملت على ثلاثة أمور :

أولها — الوصية التي محضت للمعصية ، وهي الوصية بأمر محرم نصاً ، كوصية لأندية القمار ، أو لمرقص .

ثانيها — وصية ليست في ذاتها معصية ، بل هي تمليك مباح ، ولكن الباعث عليه أمر محرم ، كالوصية للخليفة ليضمن أن تستمر معه على الحال المحرمة بينها ، وكالوصية لأهل الفسوق ، ليستعينوا بها على فسقهم ، فإن هذه الوصية ينظر حينئذ إليها نظران : (إحداهما) كونها تمليكا مباحاً لمن هو أهل للتمليك .

(والثاني) نظر القانون إلى الباعث ، فإن الباعث عصيان ، وما كانت الوصايا لذلك ، وهي مشروعة استثناء للإعانة على الواجبات التي فاتته في ماضى حياته ، أو لتكوين له صدقة جارية من بعد وفاته ، أو ليصل بالمودة من يود صلته من ذوى قرباه أو غيرهم الذين أعانوه في حياته ، ولا يتفق هذا مع اتخاذها ذريعة للاستمرار على الفسق والفجور ، ولذلك أبطل القانون الوصايا التي يكون الباعث عليها لا يتفق مع مقاصد الشرع أو بعبارة أوضح يكون الباعث عليها معصية أو يؤدي قطعاً إلى أمور لا يحلها الشارع .

٤٢ م — وهنا يجب أن نشير إلى أن القانون في هذه المسألة قد أتى بأمر جديد على القواعد العامة لفقه أبي حنيفة والشافعي ومالك أو بعبارة أعم لفقه المذاهب الأربعة في الجملة ؛ لأن العبرة في صحة العقود في هذه المذاهب في الجملة إلى الألفاظ الدالة عليها ، ولا يحكم على المقاصد والبواعث ، إلا إذا كانت هناك ألفاظ تدل عليها ، وفي هذه الحال يعطى الحكم على أساس هذه الألفاظ ، لا على أساس البواعث الخفية التي لم يقم دليل من الألفاظ عليها .

ولكي يكون القانون غير غريب من كل الوجوه ، ويكون متفقاً مع الأصول المقررة في الإثبات بين يدي القضاء يجب أن يكون الأمر في تعرف الباعث والمقصد معتمداً على أمور مادية واضحة بينه ، لا على مجرد الحدس والتخمين . فالوصية للخليفة مثلاً ، والموصى قوى معافى سليم إذا اقترن بقرائن أخرى ، يمكن أن يعرف باعته ، وهو استمرارها على تلك الحال المحرمة ، وضمان ذلك الاستمرار ، ولهذا تكون الوصية باطلة ، وإذا كانت الوصية وهو مريض مرضاً يظهر له أنه لن يبرأ منه ، فإن مثل هذه الوصية لا تكون باطلة ؛ لأنها قد تكون

صونا لها من بعده عن الإبتذال ، وليس في ذلك ما يؤدي إلى أمر محرم ، فلا يحكم عليها بالبطالان ، أو دلي الأقل يتوقف القاضي ، حتى يثبت لديه بالبرهان باعته الذي يؤدي إلى أمر آثم يقينا .

الامر الثالث - وصية غير المسلم ، وقد نوهنا إلى أن القانون اعتبرها باطلة إذا كانت محرمة في دينه وفي الإسلام ، فالوصية لفقرء المسلمين صحيحة ؛ لأنها حلال فيهما ، والوصية لفقرء غير المسلمين كذلك ، والوصية على المصالح مثلها ، والوصية على المساجد صحيحة ؛ لأنها حلال في نظر الإسلام ، والوصية للسكنائس والبيوع وبيوت العبادة صحيحة ، لأنها حلال في دينه ، والوصية على أذية الفهار غير صحيحة ، لأنها حرام فيهما ، وكذلك الوصية على الخلائل لتستمر الحال التي لا تتفق مع دين ، أو على الأقل لا تتفق مع دين سماوى ، وغير المسلمين في مصر من أهل الديانات السماوية والحمد لله .

٤٣ - هذا بيان المادة الثالثة وما اشتملت عليه ، ولنتجه إلى بيان المصدر الفقهي ، لقد ذكرت المذكرة التفسيرية أن الامر الأول ، وهو بطلان الوصية بأمر محرم مأخوذة من الفقه الحنفي ، فيجب إذن أن نرجع إلى ذلك الفقه ؛ لنعرف البيان الكامل لأصل هذه المادة :

إن المنصوص عليه في الفقه الحنفي أن الوصية لأهل الفسوق مكروهة ، ولكنها من الناحية القضائية تكون صحيحة ليس لقاض أن يحكم ببطالانها ، لأنها تمليك^(١) لمن هم أهل التمليك ، فصح ذلك التمليك ، لأنه لشخص صالح له ، وقد نص بجوار ما سبق على أنه إذا كانت الوصية بضرب قبة على قبره ، فإنها تكون باطلة ، وكذلك نص على بطلان الوصية بقراءة القرآن على القبر ، وغير هذا من الوصايا بأمور ليس فيها تمليك لأحد .

وقد قال ابن عابدين إن مقتضى هذا الكلام أنه يشترط لصحة الوصية عدم

(١) راجع أول كتاب الوصايا في الدر المختار ورد المختار والنظر في بطلان هذه قانونا يحى . من ناحية النظر إلى الباعث ، لا الصرف في ذاته .

الكراهة وأنها تكون باطلة، ووفق بينها وبين إجازة الوصية لأهل الفسوق مع أنها مكروهة بقوله : « يفرق بينهما بأن الوصية إما صلة أو قرابة ، وليست هذه واحدة منهما . فبطلت بخلاف الوصية لفاسق ، فإنها صلة لها مطالب من العباد ، فصحت وإن تسكن لفاسق كالوصية لغنى ، لأنها مباحة ، وإن لم تسكن قرابة ، ^(١) . وجوهر الفرق في أن الوصية لأهل المعاصي تجوز قضاء في الفقه الحنفي ، والوصية لعمل منهي عنه كضرب قبة على قبر غير صحيحة — أن المذهب الحنفي ، لا يشترط جهة القرابة إذا كانت الوصية لمعين أو نحوه لأنها تملك ، وهو من أهل التملك ، وإن كانت لغير معين بأن كان لا يحصى ، أو لمن لا يملك ، لانصح إلا إذا كان فيها قرابة ، فتبطل إذا كانت غير قرابة ، وبالأولى إذا كانت بمعصية .

وبعد هذا البيان نستطيع أن نقول إن الأمر الأول مما اشتملت عليه المادة الثالثة مأخوذ من مذهب أبي حنيفة ، كما جاء في المذكرة التفسيرية .

٤٤ — أما الأمر الثاني : وهو بطلان الوصية إذا كان الباعث عليها منافياً لمقاصد الشارع ، فقد ذكرت المذكرة التفسيرية أنه مأخوذ من القاعدة الشرعية : « الأمور بمقاصدها ، وقالت : « العمل الذي يقصد به أن يكون وسيلة للشر أو مكائفة عليه يكون حراماً باطلاً .

ولكن يجب علينا أن ننبه إلى أن اعتماد المذكرة على تلك القاعدة اعتماد على أساس لا يثبت عليه قانونهم ؛ لأن الفقهاء الذين قرروا هذه القاعدة . لم يحكموا ببطلان العقود للبواعث التي تبعث عليها ، إذا لم يكن في ألفاظ التعاقد ما يجعل العقد باطلاً ، ولا يصح أن نعتمد على كلام شخص لإثبات نقيض قوله ، بل يجب أن نفهم كلام أولئك المتقدمين على أساس أنه مرتبط ببعضه بعضه ، فيجب مثلاً أن نفهم كلمة فقهاء الحنفية « العبرة بالمعاني ، لا بالألفاظ والمباني ، مقترنة بما جاء في شرح الجامع الصغير : « المعتبر في أوامر الله المعنى والمعتبر في أمور العباد الاسم واللفظ . ^(٢) » ومقترنة بفروعهم الكثيرة التي لم يبطلوا فيها العقود لمقاصدها وبواعثها

(١) راجع عابدين ج ٥ ص ٥٧٧ طبعة استانبول .

(٢) راجع الأشباه والنظائر وحاشيته ج ١ ص ٣٢٠ ، ٣٢٢

بل أبطلوها لما اقترن بها من عبارات تؤدي إلى إبطال مقتضاها ، وإذا فهمت القاعدة على هذا الأساس يكون المقصود بها المقاصد المعتبرة التي تدل الألفاظ عليها ، كالهبة إذا كان العوض مقدراً عند إنشاء العقد وسلم ، فإنها تكون بيعاً لاهبة .
 وإذا كانت تلك القاعدة لم تصلح أصلاً فقهياً ، وجب أن نبحث عن أصل صحيح مقرر صريح ، وإن ذلك الأصل نجده في كلام ابن القيم ، وهو صريح في ذلك ، فهو يصرح بأن العبرة في أحكام العقود بالقصود ، وأن القصد من العقد إذا كان آثماً ، وقام دليل عليه فسد العقد ، لذلك يقول :

« قد تظاهرت أدلة الشرع وقواعده على أن القصود في العقود معتبرة ، وأنها تؤثر في صحة العقد وفساده ، وفي حله وحرمة ، بل أبلغ من ذلك تؤثر في الفعل الذي ليس بعقد تحليلًا وتحريمًا ، فيصير حلالاً نارة ، وحراماً نارة أخرى باختلاف النية والقصد ، كما يصير صحيحاً نارة ، وفاسداً نارة أخرى باختلافها ، ولذلك لو أكلنا طعاماً حراماً يظنه حلالاً لم يأنم به ، ولو أكله وهو حلال يظنه حراماً أثم بنيته ، .
 ويقول أيضاً فيمن قصد بعقد غير معناه المتفق مع غرض الشارع : « إن قصد به ما لا يجوز قصده ، كالتكلم بنكحت وتزوجت لا يقصد عشرة زوجية غير مؤقتة ، بل يقصد تحليلها لمطلقها الثلاث ، وبعث واشترت يقصد الربا وما أشبه ذلك ، فهذا لا يحصل له مقصوده الذي قصده ، وجعل ظاهر اللفظ والفعل وسيلة إليه ، فإن في تحصيل مقصوده تنفيذاً للحرم ، وإسقاطاً للواجب ، وإعانة على معصية الله . ومناقضة شرعه . وإعانتة على ذلك إعانة على الإثم والعدوان ، ولا فرق بين إعانتة على ذلك بالطرق التي وضعت مفضية إلى غيره ، واتخذها هو ذريعة ، كمن يعقد عقد شراء ليكون ذريعة للزنا ، فالمقصود إذا كان واحداً لم يكن اختلاف الطرق الموصلة إليه موجباً لاختلاف حكمه ، فيحرم من طريق ، ويحل بعينه من طريق أخرى ، فإن الطرق وسائل ، وهي مقصودة لغيرها ، فأى فرق بين التوسل إلى الحرام بطريق الاحتيال والمكر والخداع ، والتوسع إليه بطريق المجاهرة التي يوافق فيها السر الاعلان ، والظاهر الباطن ، والقصد اللفظ ، بل سلك هذه الطريقة قد

تكون عاقبته أسلم ، وخطره أقل من سالك تلك ، كما أن سالك طريق الخداع والمكر عند الناس أمقت ، وفي قلوبهم أوضع ، وهم عنه أشد نفرة عن أنى الأمر على وجهه ، ودخله من باب^(١) .

وهذا كلام صريح في أن العقد يأخذ حكم باعته ، فإن استيقن القاضى بأن الباعث إثم أو يؤدي لا محالة إلى شر حكم ببطالانه ، وإذا ثبت لدى القاضى أن الباعث على الوصية يتنافى مع مقاصد الشريعة ، وقامت على ذلك القرائن فإنه يحكم بأن العقد غير صحيح ، ولا أثر يترتب عليه .

هذا والمادة بعمومها في هذا الجزء ، وهو عدم صحة الوصية التي يكون الباعث عليها منافياً لمقاصد الشارع تشمل بطلان وصية الضرار ، وهي التي يقصد بها الأضرار بالورثة ، بأن يوصى بثلث ماله لبعض الناس ، لا لقصد صلته ، بل مضارة بورثته ، وقد أطلعنا على بعض وثائق الوصايا ، فوجدنا الموصى يصرح بأنه يوصى بثلث ماله لبعض جهات البر إن تزوج ابنه من فلانة ، ويصرح بأنه كان يود أن يوصى بكل ماله في هذه الحال ، ولكن القانون لا يمكنه إلا من الثلث ، فهذه الوصية وأشباهاها ، وكل ما هو على شاكلتها ، وإنه لكثير - لا يقصده إلا مضارة الورثة ، فالباعث عليها مناف لمقاصد الشارع ، وإذا ثبت هذا الباعث ، كما جاء في الوثيقة التي أشرنا إليها كانت الوصية غير صحيحة .

وقد حقق بعض العلماء بطلان وصية الضرار ، ومنهم الشوكاني في نيل الأوطار ، فقد جاء فيه : الوصية المشتملة على الضرار مخالفة لما شرعه الله تعالى ، وما كان كذلك فهو معصية . . وعن ابن عباس بإسناد صحيح أن وصية الضرار من الكبائر ، فما أحق وصية الضرار بالابطال من غير فرق بين الثلث ، وما دونه وما فوقه . .

هـ - أما الأمر الثالث ، وهو الخاص بوصية غير المسلم ، فقد ذكرت المذكرة التفسيرية في بيان مصدره الفقهي أنه مذهب أبي حنيفة في أكثره ، ومذهب

(١) منقول بتصرف من إعلام الموقعين الجزء الثالث ص ٢٠٦ وما يليها .

الشافعى فى فرع من فروعه ، فقالت : « والأحكام موافقة لمذهب الإمام أبى حنيفة إلا فى الوصية بما هو قرينة عند المسلمين دون شريعة الموصى ، فإنها تصح على مذهب الشافعى ، .

ولنذكر أحكام وصايا غير المسلمين فى مذهب أبى حنيفة بالنسبة للجهة الموصى لها ، ويتبين منها أن الجزء المأخوذ من مذهب الشافعى صغير جداً .
لقد نص الحنفية على أن الموصى له إذا كان معيناً بأن كان شخصاً معيناً أو قوماً معينين ، فإن الوصية لهم تجوز من غير المسلم ، سواء أكان الصرف لهم قرينة فى نظر المسلم وحده أم فى نظر المسلم وغير المسلم ، ما دامت لا معصية فيها ، وعلى ذلك الزيلعى بأن ذلك تملك ، وتمليك غير المسلم جائز للمسلمين المعينين ، ولو كان قد ذكر أن تسرج به مساجدهم ، وقد قال فى ذلك « فحاصله أن وصيته لقوم معينين تجوز فى الكل على أنه تملك لهم ، وما ذكره من الجهة من تسريح المساجد ونحوه خرج منه على طريق المشورة ، لا على طريق الإلزام ، حتى لا يلزمهم أن يصرفوه فى الجهة التى عينها بل يفعلون به ما شاء : لأنه ملكهم ، .

وإذا كانت الوصية لغير معين ، أى لقوم غير محصورين ، فهنا موضع التفصيل ، لأن الحنفية يشترطون فى الوصية فى هذه الحال لأجل صحتها أن يكون هناك ما يشير إلى معنى الحاجة ؛ لتكون الوصية قرينة وصدقة ، وإذن يشترط لصحة الوصية فى هذه الحال أن تكون فى قرينة ، وقد قسم فقهاء الحنفية وصية غير المسلم فى ذلك إلى ثلاثة أقسام :

أولها — الوصايا التى تعتبر قرينة عندنا وعندهم ، كما إذا أوصى بأن يسرج بيت المقدس ، أو أوصى لفقراء أهل القرية ، أو لفقراء المسلمين ، أو لفقراء مدينة القاهرة ، أو ببغداد أو دمشق ، فإن الصرف للفقراء مهما تختلف دياناتهم قرينة فى كل الأديان .

وثانيها — الوصية بما محرم فى الإسلام وفى ديانة الموصى ، كان يوصى للبغيات والناتحات ، فإن الوصية فى هذه الحال باطلة إن تمحضت لهذه المعصية

ومثلها عند الحنفية ، إذا كانت الوصية قربة عندنا ، وليست قربة عندهم .

ثالثها — الوصية بما هو قربة عندهم ، وليس قربة عندنا ، وهذه قد اختلف فيها أبو حنيفة مع صاحبيه ، فأبو حنيفة قرر أنها وصية جائزة ، والصاحبان قررا أنها باطلة ، ومثال هذا النوع الوصية ببناء كنيسة لغير معين ، وحجة أبي حنيفة أن هذه قربة في معتقدهم ، ونحن أمرنا بتركهم وما يدينون ، فتجاوز الوصية بالبناء على معتقدهم ، ولا يعاملون بغيره .

وحجة الصاحبين أن هذه ليست قربة في نظر الإسلام ، والعبرة في قضاء الإسلام بنظره . فعلينا أن نقضى بحكمه ، لأننا لا نحكم بغير ما أنزل الله ، فلا نحكم بمعتقدهم ، وأمرنا بتركهم وما يدينون يقتضى ألا نتدخل في شئونهم ، ولكن عند التقاضى لا يقضى باعتقادهم ، بل يقضى بحكم الإسلام .
والعمل على مذهب أبي حنيفة من قديم الزمان .

٤٦ — جاء القانون ، فنص على أنه لا يبطل وصية غير المسلم إلا إذا كانت محرمة في شريعته وفي الشريعة الإسلامية ، كما علمت ، وهذا يتفق مع مذهب أبي حنيفة ، إلا في جزء من الحال الثانية السابقة ، وهو الذى تكون فيه الوصية في معناها لغير معين ، وكان الصرف قربة في نظر المسلمين ، ولم يكن قربة في نظر الموصى ، كأن يوصى لمسجد في مدينة لا ينتفع بالصلاة فيه معينون أو محصورون . وقد أخذ ذلك الحكم من مذهب الشافعى وأحمد ؛ لأنهما يعتبران القربة المطلوبة في حال اشتراط القربة هي ما كان في نظر الإسلام قربة ، وفوق ذلك ، فإن أحمد كمالك لا يشترط القربة لافي الوقف ولا في الوصية ، بل الشرط ألا يكون في الصرف معصية ، والعبرة في كونه معصية عند أحمد هو بنظر الإسلام ، وعلى ذلك نستطيع أن نقول إن الفقرة الأخيرة لا تعتمد فقط على مذهب الشافعى ، بل توافق أيضاً مذهب أحمد ومذهب مالك ، لأن مذهب أحمد ينظر القرية عند اشتراطها بنظر الإسلام ، ولأن مالك وأحمد لا يشترطان القرية في الوقف والوصية لغير المعين ، بل الشرط أن يكون في الصرف بر أو معروف ، وألا يكون فيه معصية .

سماع دعوى الوصية

٤٧ م — ذكرنا لإنشاء الوصية ، والصيغة التي تنشأ بها ، ولم يشترط القانون بوضعه القائم شروطاً أخرى رسمية للإنشاء ، ولكنه اشترط فقط لسماع الدعوى بعد وفاة الموصى عند الإنكار أن تكون الورقة ثابتة بورقة رسمية أو بورقة عرفية كتبت جميعها بخط المتوفى ، وعليها توقيع ، أو كانت بإمضاء مصدق عليه ، وطبق ذلك على الحوادث الواقعة بعد سنة ١٩١٠ .

أما الحوادث السابقة على ذلك فقد اكتفى في إثبات الدعوى بورقة عرفية عليها إمضاء المتوفى ، أو ختمه بشرط أن تكون خالية من شبهة التصنع . وقد أخذ في ذلك مما جاءت به لائحة سنة ١٩٣١^(١) في المجلة ، وزاد عليها الإثبات بالورقة المصدق على توقيعها ، وإن لم تكن بخطه جميعها .

٤٨ م — ولقد كان المشروع الذي تقدمت به وزارة العدل لمجلس الأمة ينص على أن الوصية لا تنشأ إلا بمقد رسمي ، أو بعقد عرفي مصدق على أمضائه ، ولقد نقدنا ذلك الجزء ، وقلنا في ختام النقد مانصه :

« ولو أن لنا أن نقترح شيئاً يحل محل ما اقترحت اللجنة في هذا المقام ، فهو أن نبقى ما جاء باللائحة الشرعية على ما هو عليه ، وهو ألا نسمع دعوى الوصية بعد الوفاة عند الإنكار إلا إذا كانت ثابتة بأوراق رسمية ، أو ورقة مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه ، ويزاد على ذلك ألا تنتقل ملكية العقار الموصى به إلى الموصى له بعد الوفاة ، إلا إذا سجل عقدا الوصية ، أو الحكم الصادر بها عند التنازع

(١) وهذا نص الفقرة الخاصة بذلك من المادة الثانية من القانون : « ولا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية أو الرجوع القولى عنها بعد وفاة الموصى في الحوادث السابقة على سنة ١٩١١ إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى ، وأما الحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ فلا تسمع فيها دعوى ما ذكر إلا إذا وجدت أوراق رسمية ، أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى ، وعليها إمضاؤه كذلك ، أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع مصدقا على توقيع الموصى عليها . »

فيها ، وبذلك تتفق الوصية بالعقار مع العقود الناقلة للملكية العقارية من يد إلى يد ،^(١) وقد وجد الأمر أن أذنا مصغية ، فقد رأيت أن حكم اللائحة الشرعية هو الذي أخذ به بالنسبة لإنشاء الوصية وسماع الدعوى بها في الجملة ، وعدل عن اشتراط الرسمية ، أو ضرورة التصديق على التوقيع لإنشائها .

أما الأمر الثاني ، وهو اشتراط التسجيل لنقل الملكية بها في العقار ، فقد أخذ به في المبدأ العام الذي قرر بمقتضى قانون الشهر العقاري الذي طبق منذ أول يناير سنة ١٩٤٧ - أن الوصية لا تنتقل بها الملكية في العقار في الوفيات الواقعة بعد ذلك التاريخ إلا بعد تسجيل ذلك النقل ، فصارت الوصية لا تنقل الملكية في العقار إلا إذا سجل العقد أو الحكم عند النزاع .

ولقد كان ذلك حسناً ، فإن شهر العقار بالتسجيل يميز الحقوق ويمنع الاعتداء ، وهو منطق القوانين القائمة ، فالأخذ به في كل أسباب نقل الملكية للعقار ربط بين كل هذه الأسباب ، فتسير على نسق واحد محكم ، وتكون وسائل إثبات الحقوق في العقار متحدة لا تنافر بينها . بل تجرى على نظام مقرر ثابت . وبمقتضى ذلك تصير الوصية كالبيع تذباً بالأفوال المنشئة لها ، ولكن لا تثبت الملكية في العقار إلا بالتسجيل ، وكذلك البيع .

(١) راجع مجلة القانون والاقتصاد السنة الثالثة عشر ص ٢٦٠ وقد بنى نقد المشروع في أمور هذه ملخصها :

أولاً : أنه لا توجد غاية معقولة لاشتراط الرسمية أو ما يشبهها للإنشاء ، فلا يكون الغرض الشهر لأنه اكتفى بالعقد المصدق على توقيعه ، وبذلك لا يصلح غاية معقولة ، ولا يمكن أن تكون الغاية شبهها بالهبة ، لأن الباعث على الاشتراط في الهبة هو حماية الواهب وليس ذلك بمحقق في الوصية ، لأن الملكية لا تثبت إلا بعد الوفاة ، وله الرجوع في أى وقت شاء . ثانياً : أن اشتراط التسجيل للإنشاء فيه ضرر بالموصى ، لأن فيه إهمال إرادته ، وضرر بالموصى له ، لأنه حرمان له ، وإن كثيراً من الوصايا في أبواب القرابات فلا يصح التضييق في إنشائها ، بل المعقول هو التوسعة .

ثالثاً : أن طبيعة الوصية تتنافى في كثير من الأحوال مع إجراءات التسجيل ، اذ هي في غالب أحوالها تكون قرب الوفاة ، وتلك حال لا يسهل فيها التسجيل ، وقد يكون سبباً في فواتها ، وفي قواتها المضررة بالموصى والموصى له كما بينا .

شروط الموصى

٤٩ — ذكرنا فيما أسلفنا من قول ركن الوصية ، والعبارة المنشئة لها ، وما يقتضيه من شروط ، والبواعث على الوصية ، وصحة الوصية وبطلانها من هذه الناحية ، وذكرنا في ثانيا القول متى تنتقل الملكية في الوصية النافذة من غير حاجة إلى إجازة أحد ، والآن نتكلم في شروط الوصية . وهي أقسام ثلاثة : شروط تتعلق بالموصى ، وشروط تتعلق بالموصى له وشروط تتعلق بالموصى به . ولنتكلم في كل من هؤلاء ، مبتدئين بالموصى .

٥٠ م — ذكر القانون شروط الموصى التي يجب توافرها ؛ لكي تنشأ الوصية الاختيارية صحيحة ، وتستمر صحيحة إلى الموت في المواد الخامسة ، والرابعة عشرة والسادسة عشرة (١) .

وخلاصة ما اشتمل عليه من أحكام أن الموصى يشترط أن يكون من أهل التبرع ، بأن يكون بالغاً عاقلاً رشيداً ، وعبر القانون عن هذه المعاني بكلمة « وأن يكون من أهل التبرع قانوناً » ، ومعناها هو هذا الذي ذكرناه ، وعلى ذلك إذا صدرت وصية عن غير البالغ ، أو عن المجنون ، أو المعتوه كانت باطلة .

أما العاقل السفیه ، ومثله من لم يبلغ الحادية والعشرين ، وقد بلغ ثمانى عشرة سنة شمسية ، فإن وصيتهم ليست باطلة باطلاق ، بل تصح بعد استئذان المحكمة الحسنية وإذنها .

وقد لاحظ القانون في ذلك أمرين : (أحدهما) أن السفیه وذا الغفلة مكلفان

(١) وهناك نص هذه المواد :

المادة الخامسة — يشترط في الموصى أن يكون أهلاً للتبرع قانوناً ، على أنه إذا كان محجوراً عليه لسفه أو غفلة ، أو بلغ من العمر ثمانى عشرة شمسية جازت وصيته باذن المجلس الحسنى (المحكمة الحسنية) .

مادة ١٤ — تبطل الوصية بمجنون الموصى جنوناً مطبقاً إذا انصل بالموت ، وكذلك تبطل بالنسبة للموصى له إذا مات قبل موت الموصى .

مادة ١٦ — لا تبطل الوصية بالحجر على الموصى لسفه أو الغفلة .

كل التكاليف الشرعية والاجتماعية ، لم يسقط اعتبار قولها ، ولم تسقط عنهما تبعة أعمالها ، وإنما الحجر على كل واحد منهما لمصلحة نفسه ، والمحافظة على ماله ، ورعاية حقوق ورثته من بعده ، فكان من الحق أن تنفذ وصاياه ، وخصوصاً أنها لا تصيب أمواله بنقص في حال حياته ، وقد حافظ الشارع على حقوق ورثته بحماية الثلثين لهم ، وبذلك أخذ الأئمة الثلاثة : أبو حنيفة ومالك وأحمد ، وأحد قولي الشافعي ، ولكن لأنه لم يحسن التدبير ولم يحسن الصرف كان للحكمة الحسبية رقابة على هذه الوصايا لتكون في دائرة الحق ، ولتكون كوصايا أهل التدبير الحسن ، فاستئذان المحكمة الحسبية لتكون في الدائرة المعقولة المشروعة ، ولضمان ذلك من اشتر بسوء الرأي والتدبير .

(ثانيهما) أن سن الرشد في القانون هي إحدى وعشرون سنة ، وهي أكبر من السن التي قررها فقهاء المذهب الحنفي الذي كان معمولاً به من قبل ، إذ أن أقصى سن البلوغ على مقتضى ذلك المذهب هي ثمانى عشر سنة للغلام ، وسبع عشرة سنة للجارية ، على مذهب الإمام ، وخمسة عشر سنة لها عند الصاحبين فكان من يبلغ الثامنة عشرة سنة بالغاً بحكم الفقه ، غير بالغ بحكم القانون ، وقد لاحظ القانون ذلك ، فجعل لمن يبلغ الثامنة عشرة الحق في إدارة أمواله تحت إشراف المحكمة الحسبية^(١) وكان من الاتساق القانوني ، وموافقة المذاهب الفقهية المختلفة أن يكون لمن يبلغ هذه السن الحق في الوصية بعد إذن المجلس الحسبي ، ليضمن المجلس أن تكون وصيته كوصية الحسنى الرأي والتدبير من البالغين الراشدين .

٥١ م — وإذا كان العقل شرطاً لصحة الوصية عند إنشائها ، فهو شرط أيضاً لبقائها ، ولذلك إذا جن الموصى جنوناً مطبقاً واتصل الجنون بالموت ، فإن الوصية تبطل ، وذلك لأن الموصى الرجوع في الوصية ، فشرط بقائها أن يموت مصراً عليها ، فإذا أصيب بجنون مطبق ، واتصل ذلك الجنون بالوفاة لم يثبت

(١) راجع قانون المحاكم الحسبية الممول به .

أنه مات مصراً عليها ، لاحتمال أنه ربما كان يرجع لو كان مستيقظاً إلى الموت ، وإذا كان الجنون غير مطبق ، أو لم يتصل بالموت لم تبطل الوصية ؛ لأنه إذا استفاق بين عارض الجنون والموت كانت لديه فرصة الرجوع ، ولم يرجع ، فكان ذلك دليلاً على الإصرار ، وإذا كان الجنون غير مطبق لا تبطل الوصية ، ولو اتصل بالموت ؛ لأنه يشبه الإغماء ، والاعماء لا يبطل الوصية ، ولأن زوال العقل في غير المطبق غير مستيقظ ، فلا تزول به التصرفات الثابتة .

والجنون المطبق في أرجح الأقوال هو الذى يمكنه شهاً ، وبذلك أخذت المذكرة التفسيرية .

هذا هو حكم الجنون إذا عرض بعد إنشاء الوصية ، ويختلف الحكم إذا عرض الحجر للسفه أو الغفلة بعد إنشاء الوصية ، فأنها لا تبطل ولو اتصل الحجر بالموت ؛ وذلك لأن الحجر للسفه والغفلة لا يزيل الأهلية ، ولا يمنع الرجوع فى الوصية ؛ فليس فى القانون ما يدل على أن السفه يمنع من الرجوع ، بل النص على أنه لا يبطل الوصية ، ولم يقل الخيفية إنه يمنع إنشاء الوصية ، فالأولى ألا يمنع الرجوع فيها . ٥٢ — هذه أحكام القانون فى شروط الموصى اللازم توافرها لتصح الوصية ، وتستمر ، وبقي أن نذكر المصادر الفقهية لها ، أو بعبارة أدق ما يتفق معها من أقوال الفقهاء ، أو يقاربها .

لقد اتفق الفقهاء على أن وصية المجنون . والمعته ، والصبى غير المميز الذى لا يقصد إلى معانى العبارات قصداً صحيحاً — باطلة ، لأن عبارة هؤلاء ملغاة لا اعتبار لما تدل عليه ، فلا تصح منهم صلاة ، ولا يتعقد بكلامهم تصرف ، سواء أكان نفعاً محضاً ، أم كان محتملاً للضرر والنفع ؛ فبالأولى لا يتعقد بعبارتهم ما هو تبرع فى ذاته .

أما الصبى المميز ، فوصيته جائزة عند أحمد ومالك ، وأحد قولى الشافعى ؛ لما روى أن صبياً من غسان له عشر سنين أوصى لأخواله ، فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، فأجاز وصيته ؛ وروى مالك فى موطنه عن عبد الله

ابن أبي بكرة عن أبيه أن عمرو بن سليم أخبره أنه قيل لعمر بن الخطاب أن ها هنا غلاماً يفاعاً لم يحتلم وورثته بالشام ؛ وهو ذو مال ، وليس له ها هنا إلا ابنة عم قال عمر فليوص لها (١) .

ولأنه إنما منع من التصرف خشية إضاعة المال ، وليس في الوصية إضاعة له ، لأنه إن عاش فهو له ، وإن مات نال الثواب ؛ لأن الوصية الحق لا تخلو من ثواب ، أو بر ، أو معروف ، ولأن الحجر على الصغير لحق نفسه ، لا لحق غيره ، ولو منعنا وصيته لكان عكس المفروض ، ولا يتمتع الإنسان من التصرف في ماله لأمر غير مقرر لغيره .

وذهب أبو حنيفة وأصحابه ، والشافعي في أحد قوليهِ إلى أن وصية الصبي المميز لا تجوز ؛ لأن الوصية تبرع ، والتبرع منه لا يجوز ؛ فبالأولى لا تجوز منه الوصايا ، ولأن الوصايا شرعت على سبيل الاستثناء ، ليتدارك المكلف ما عساه يكون قد فاتته في حياته ، وليبر من وصله ، ولا يتحقق ذلك في الصبي ، إذ هو يستقبل الحياة ، ولا يستدبرها ، فلا معنى للوصية منه (٢) .

ووصية السفیه جائزة على مذهب الإمام أبي حنيفة ؛ لأنه لا يسوغ الحجر عليه ؛ فهو كامل الأهلية عنده ؛ وعند الصالحين تجوز استحساناً ؛ لأن الحجر عليه لمصلحة نفسه ، ووصيته التي توافق الحق ، أو يصح أن تصدر عن حسنى الرأى والتدبير في دائرة الثلث لا تضره ؛ لأنها تنفذ من بعده ، ولا تضر ورثته ، لأن حقهم لا يتجاوز الثلثين ، ولأن السفیه مكلف ؛ فعساه يكون قد فاتته واجبات كزكاة لم يؤدها ، وحج استطاعه ولم يؤده ؛ فيجب أن يكون له الحق الذى تصدق الله به على المكلفين في آخر أعمارهم ، وهو ثلث أموالهم ، وذلك بتمكينه من الوصايا التي توافق الحق ، أو يمكن أن تصدر عن أهل الرأى تمكيناً مطلقاً ، لا رقابة لأحد عليه فيه إلا الله .

ولكن القانون يخالف كل هذا ، ويقيد وصية السفیه باستئذان المحكمة الحسنية

(١) المغنى ج ٦ ص ٥٢٧ .

(٢) أجاز الحنفية على سبيل الاستثناء وصيته بتجهيزه وتكفينه ، والاستثناء معقول

وإذنها ، وقد تكون الوصية في وقت لا مجال فيه للاستئذان ، والاذن ، كأن يكون مريضاً مرض الموت ، وأشرف على الموت ، فأوصى بأداء زكاة ، أو أداء حج أو تصدق ؛ أو نحو ذلك من أعمال البر ؛ فيفوت ذلك الخير الذي يبتغيه ، ويصيب المحتاجين أو الفقراء ،

لذلك لا نجد مبرراً لهذه التقييد الذي اشتمل عليه القانون ؛ ونحن نميل إلى آراء الفقهاء ، لأن الحجر على السفية لصيانة ماله ؛ وللحفاظة على شخصه من الضياع ؛ وأن يكون كلا على الناس ، وذلك لا يتنافى مع الوصية ؛ لأنها تنفذ بعد الموت في دائرة الثالث ؛ ولو أننا أردنا طريقاً وسطاً بين القانون والفقهاء ؛ لقننا إن وصايا السفية تنشأ بمحض إرادته ، كما تنشأ وصايا من لا حجر عليهم ، ولكن يكون للمجلس الحسي إبطالها ، إذا كانت في غير سبيل الحق أو الخير ، وهذا توسط حسن نتق به ضرر الإفراط في التمسك بالاذن ، ونحقق غرض الفقهاء وشرطهم ، لأنهم أجازوها بشرط أن تكون في سبيل لا شر فيه .

٥٣ - وإبطال الوصية بوجود الجنون المطبق بعد إنشائها هو مذهب أبي حنيفة وأصحابه ، وعللوا ذلك بأن الوصية تصرف غير لازم ، والعقود غير اللازم يكون لبقائها حكم إنشائها ^(١) أى أن ما يكون شرطاً للإنشاء هو شرط للبقاء ، لأن بقاءها يقتضى توافر الإرادة المستمرة للبقاء ، وهذه الإرادة لا تكون إلا إذا استمرت الأهلية ، فزوالها بعارض من العوارض يمنع الإرادة المستمرة للبقاء .

ولا فرق عند الحنفية بين الجنون المطبق المتصل بالموت ، والجنون المطبق الذى تحصل منه إفاقة قبل الموت ، لأن عارض الجنون المطبق قد منع إرادة الإبقاء المستمرة .

والجنون المطبق قد اختلف فيه أئمة المذهب الحنفى فقال محمد إنه ما يستمر سنة ؛ وذلك لأن أقصى مدة للعبادات هى سنة لازكاة . فاعتبرت لأنه

(١) البدائع الجزء السابع ص ٣٩٤ .

بعضها تسقط العبادات كلها في السنة ؛ فيكون ذلك دليل سقوط التكليف تماماً .
وقال أبو يوسف إنه ما يستمر شهراً ؛ لأن الشهر أدنى ما تسقط به عبادة
الصوم فاعتبر مقداره ؛ وعلى رأى أبي يوسف سار القانون .

ومذهب المالكية والحنابلة أن الوصية متى نشأت ، والموصى كامل الأهلية
لا تبطل بزوال الأهلية ، ولو اتصل بالموت ، لأن الجنون الطارئ لا يبطل
التصرفات السابقة عليه ، فلا يبطل البيع ، ولا الأجرة ، ولا الوقف ولا غيرها
من التصرفات السابقة ، ولا يصح أن تقاس الوصية على الوكالة ، لأن الوكيل
يستمد ولايته على التصرف باسم موكله من ولاية الموكل ؛ فإذا زالت أهلية الموكل
فقد زالت الولاية التي يستمد منها الوكيل سلطانه فتبطل الوكالة .

وقد توسط القانون ؛ فأخذ بمذهب الحنفية في بطلان الوصية بالجنون الذي
يتصل بالموت ، ولم يأخذ بنظرهم في الجنون الذي لم يتصل بالموت ، بل أخذ فيه
بنظر المالكية والحنابلة .

وهذا التوسط تصرف فقهي حسن ، لأن الجنون الذي لا يتصل بالموت
توجد فيه للموصى فرصة الرجوع إن أراد ؛ فإن لم يرجع فقد أصر .

٤٤ م — ولم يشترط القانون في الموصى ألا يكون مديناً ، لأن ذلك ليس
شرطاً للانشاء ، ولا للبقاء ، بل يتأتى الكلام في الدين عند التنفيذ ، فوصية المدين
ولو بدين مستغرق تنشأ صحيحة وتستمر صحيحة إلى الموت ، وعند تنفيذها يقدم
الدين ، قل أو جل عليها ، فإن كانت التركة مستغرقة بالدين توقف التنفيذ على
إبراء الدائنين للبيت من الدين ، فإن أبرمه نفذت الوصية من التركة ، وقد خلصت
من الدين ، وإن لم يبرئوه سدد الدين ، وما بقي تنفذ منه الوصية في دائرة الثلث ،
أي ثلث الباقي ، بحيث لو تجاوزته لا ينفذ في الزائد إلا بإجازة الورثة ،

شروط له الموصى وأحواله

٥٥م — ذكر القانون أحكام الموصى له في موضوعين ، (أحدهما) في الكلام في شروط صحة الوصية ، (ثانيهما) بعنوان خاص للموصى له ، ونحن نتكلم على أحوال وشروط الموصى له المذكورة في الموضوعين ، في موضع واحد ، للارتباط الواضح بين عناصر القول ، وذلك أقرب إلى التماسك العلوي .

ونبتدى بالكلام في الشروط اللازمة فيه لتصحيح الوصية ، ولتستمر صحيحة ، وفي شروط نفاذها ، ثم نتكلم في أحكام الموصى له ، ذاكرين حكم كل حال على انفرادها .
٥٦م — والذي يستخلص من مواد القانون التي تعرضت لبيان الشروط أن شروط صحة الوصية ، واستمرارها صحيحة هي :

(١) أن يكون الموصى له معلوماً ، معيناً بالتعيين بالإشارة أو الإسم ، كفلان ابن فلان ، أو جهة البر الفلانية ، أو لخل فلانة المستكن في بطنها ، ولهذا الشخص ، ويشير إليه ، وقد يكون إعلام الموصى له بتعريفه بالوصف كفقراء طلبة العلم ، أو طلبة الأزهر . أو القبيل ، كبنى تميم ، أو بنى فلان وهكذا ، ففي كل هذه الأحوال لا يكون الموصى له معيناً بالتعيين ، بل هو معرف بالوصف .
وإذا كان الموصى له معرفاً بالوصف ، لا يشترط وجوده وقت الوصية ، أما إذا كان معيناً بالتعيين فيشترط وجوده في وقت الوصية ، ليستقيم القول ، فإن التعيين يقتضى الوجود ، حتى يوجه القول نحوه توجيهها صحيحاً ، فإن غير الموجود لا يصلح للتعين ، وإن كان يصلح للتعريف (١) .

والمعروف بالجنس أو الوصف لا يشترط وجوده عند الوصية ، كما لا يشترط وجوده عند الموت ؛ لأن الوصية للمعدوم مادام معرفاً تجوز ، كما سيتبين من أحكام الموصى .
٥٧م — هذا ما يشترط في الموصى له لتنشأ الوصية صحيحة ، ويشترط

(١) اشتملت المادة السادسة على هذه الأحكام ، وهذا نصها : « يشترط في الموصى له (١) أن يكون معلوماً (٢) وأن يكون موجوداً إذا كان معيناً ، فإن لم يكن معيناً لا يشترط أن يكون موجوداً عند الوصية ، ولا وقت موت الموصى ، وذلك مع مراعاة ما نص عليه في المادة ٢٠ ، والمادة ٢٠ هي الخاصة بالقبول .

لاستمرارها صحیحة ألا يموت الموصی له المعین قبل موت الموصی .
ويشترط أيضاً ألا يقتل الموصی فإن قتله عمداً بطلت الوصية ، سواء أكان مباشراً أم غير مباشر ، وسواء أكان فاعلاً أصلياً ، أم شريكاً أم كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام على الموصی ، ونفذ الحكم ، وذلك بشروط ثلاثة في القتل :
(١) أن يكون القتل عدواناً بلا حق ، فإن قتله قصاصاً بأمر من الحاكم ، فإن ذلك لا يعد مبطلاً للوصية ، لأن الحاكم هو الذي قتله .

(١) أن يكون عاقلاً بالغاً من العمر خمس عشرة سنة . فإن لم يكن عاقلاً ، فقد سقط عنه التكليف ، فلا يتصور منه العدوان أو العمد ، وإن قصد من لم يبلغ من السن هذا الحد قصد غير كامل ، حتى تكون تبعته عليه كاملة .

(٣) ألا يكون القتل بعذر ، فإن كان بعذر كالحال من يتجاوز حق الدفاع الشرعي وغير ذلك من الأعذار التي نص عليها في قانون العقوبات المصري لا تبطل ، ومن ذلك قتل زوجته مع الزانی إذا فاجأهما ، ومن الأعذار الشرعية التي لم يتعرض لها قانون العقوبات ؛ أن تكون ذات الرحم زانية فيقتلها ؛ وإن هذا القتل لا يعد مانعاً من موانع الميراث بمقتضى أحكام الميراث ، والشرع ، فكذلك لا يعد مبطلاً للوصية ؛ لأن الوصية أخت الميراث ؛ وهما في هذا متشابهان ، وذلك لأنه مع وجود العذر ، لا يتوافر العدوان الموجب للحرمان^(١) ولم يعتبر القانون القتل الخطأ مبطلاً للوصية ، ويعتبر القتل مانعاً من نفاذ الوصية ولو أجازها الورثة على ماسنين .
٥٨ م — ولم يشترط القانون لصحة الوصية ، اتخاذ الدين ، ولذلك تجوز وصية المسلم لغير المسلم ، كما تجوز وصية غير المسلم للمسلم ، وكما تجوز وصية اليهودي للمسيحي ، وهكذا ، لأن الوصية صلة ، والصلة تجوز مع اختلاف الدين ؛ وأعمال البر تجوز بين أهل الأديان المختلفة ؛ لأن الأديان ما حرمت التواصل والتراحم .

(١) اشتملت المادة ١٧ على هذه الأحكام ، ونصها : « يمنع من استحقاق الوصية الاختيارية ، أو الوصية الواجبة قتل الموصی ، أو المورث عمداً ، سواء أكان القاتل فاعلاً أصلياً ، أم شريكاً أم كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام على الموصی وتنفيذه ، وذلك إذا كان القتل بلا حق ، ولا عذر وكان القاتل عاقلاً ، بالغاً من العمر خمس عشرة سنة ، ويعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعي . »

وكذلك لا يشترط اتحاد الدار بين المسلمين ، فالمسلم مهما تكن تبعيته تجوز وصية المسلم التابع لدولة أخرى له ، لأن الولاية الإسلامية واحدة وهى تثبت الرابطة بين المسلمين ، مهما تنامت ديارهم ، وتباعدت أقاليمهم ، وتخالفت دولهم ، فهم متحدو الولاية مع هذا الاختلاف . أما الوصية التى يكون فيها الموصى له غير مسلم ، فإن كان تابعا لبلد غير إسلامى تمنع شريعته الوصية لمثل الموصى ، أى أنه لو فرض العكس أى كان الموصى تابعا لهذه الدولة والموصى له تابعا لدولة إسلامية فإن أجازت حكومته مثل هذه الوصايا ولم تمنع قوانينها تنفيذها ، فكذلك نعاملها إذا كان الموصى منا ، والموصى له منهم .

والخلاصة أن الوصية مع اختلاف الجنسية تنفذ إذا كان البلدان إسلاميين ، ولو اختلف الدين ، لأنه لا اختلاف دار بين الدول الإسلامية ، وإن اختلفت الداران ، والموصى والموصى له كلاهما مسلم تنفذ الوصية لاتحاد الولاية ، وإن كان الموصى له مسلما تابعا لدولة أجنبية ، وكان الموصى ذميا ، كذلك تنفذ الوصية لاتحاد الدار باتحاد الولاية .

بقيت الصورة الرابعة ، وهى إذا كان الموصى له غير مسلم ، وكان تابعا لدولة أجنبية لا تمنع قوانينها الوصايا لغير رعاياها فهى صحيحة نافذة ، وإلا فهى غير نافذة ، سواء أكان الموصى مسلما أم غير مسلم ، وذلك للتعامل بالمثل ، وتحقيق المساواة فى التعامل الدولى ^(١) ،

ولم ينص القانون على وقت الحكم بعدم الصحة ، أهو وقت إنشاء الوصية ومعنى ذلك أن الوصية تنشأ باطلة فلا تصح ، ولو اختلفت رعية الأجنبي بعد ذلك ، فتبع لدولة تنفذ الوصايا من رعاياها لغيرهم ؟ أم هو وقت الوفاة ، فالوصية ؟ تنشأ صحيحة ، ولكن عند تنفيذها بعد الوفاة ينظر ذلك النظار ؟ فإن اختلفت

(١) هذا مما اشتملت عليه أحكام المادة التاسعة ، وانصها :

بصح الوصية مع اختلاف الدين والملة ، وتصح مع اختلاف الدارين ما لم يكن الموصى تابعا لبلد إسلامى ، والموصى له غير مسلم تابع لبلد غير إسلامى تمنع شريعته من الوصية لمثل الموصى والمراد من الملة فيما يظهر المذهب الدينى ، كالكاثوليكي والبروتستانتى ، والأرثوذكسى الخ .

الحال عند الوفاة عن وقت الإنشاء كان الحكم تابعا لحال الوفاة .
 لم يبين القانون ولا المذكرة الايضاحية ذلك ، والذي نراه أن الاعتبار باختلاف الدار هو وقت الوفاة ، لا وقت الانشاء ، وذلك لأمرين :
 أحدهما أن قانون الوصية كقانون الميراث بالنسبة لاختلاف الدار ، فما أخذ به في قانون الميراث هو ما أخذ به في قانون الوصية ، والمعنى في كليهما متحد ، ولما كان ذلك النظر لا يكون الميراث في بدايهه إلا وقت الوفاة ، فكذلك يكون في الوصية وقت الوفاة ، والوصية أخت الميراث شرعاً ، إذ كلاهما الامتلاك فيه بالخلافة ، ولأن القصد ، وهو المعاملة بالمثل لا يكون إلا وقت الوفاة إذ أنه عسى أن تغير قانونها الذي كان وقت الانشاء ، فيكون حكم الوصية تابعا لهذا التغيير .
 ثانيهما — أن الفقهاء الذين استقى القانون منهم أحكامه في المنع يشبهون الوصية بالميراث ، من حيث إن اختلاف الدار مانع من موانع الارث فيكون أيضاً مانعا من موانع جواز الوصية ، وذلك يقتضى أن يكون هذا النظر عند الوفاة لا عند الإنشاء .

٥٩ م — ولم يشترط القانون لنفاذ الوصية أن تكون لغير وارث ، بل أجاز الوصية لوارث ، كما تجوز لأجنبي ، وانها في كليهما تنقيد بالثلث ، فالوصية للوارث وغير الوارث حكمهما واحد^(١) ، ولعل هذا أشد ما جاء في القانون مما جعل له خطراً ، نرجو أن تكون عقباه على الأسرة المصرية ليست سيئة بمقدار ما نتصور .
 ٦٠ — هذه أحكام القانون في شروط الموصى له ، اشترط بعض الشروط التي كان ينص عليها الفقه الحنفى ، وأهمل بعض الشروط الأخرى ، ولم يسلك في القتل مسلك الحنفى ؛ فلم يعتبر المباشرة هي المبطلّة للوصية ؛ ولو كان القتل خطأ يعذر فيه القاتل ، بل اعتبر قصد العدوان وهكذا ، ونريد أن نبين المصادر الفقهية لما خالف فيه الفقه الحنفى ، ليتمكن الرجوع إليها في توضيح مبهمه ، وتفصيل (١) هذا مما اشتملت عليه المادة ٣٧ ونصها : « تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره . تنفذ من غير اجازة الورثة ، وتصح بما زاد على الثلث ولا تنفذ في الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصى ، وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه .

بجملة ، واستخراج حكم مالم ينص عليه . مما له صلة بهذه الأحكام .
 أما القسم الذى أخذ من مذهب أبى حنيفة ، فهو الخاص بمعلومية الموصى له ،
 ووجوده إذا كان معيناً بالتعيين ، وأما إذا كان غير معين بالتعين ، فذلك منفصل
 أحكامه عند الكلام فى الوصية لما يحصون وما لا يحصون ، والجهات وغيرها .
 وهنا نريد أن نتكلم فى المصادر الفقهية لحكم الموصى له القاتل ، واختلاف
 الدين أو الدار ، والوصية للوارث .

٦١ — قد أخذ للقانون أحكام الوصية الخاصة بمنع القاتل من الاستحقاق
 من مذاهب مختلفة ، فأخذ برأى أبى يوسف فى اعتبار القتل مانعاً من الاستحقاق
 مطلقاً ، سواء أجاز الورثة أم لم يجيزوا ، وحدس المؤاخذه بالقتل أخذ فى الجملة
 من مذهب الحنفية والشافعية ، والقتل بالنسب الذى يشمل شهادة الزور التى تؤدى
 إلى القتل من مذهب أحمد ، وكون القتل بغير حق وبغير غدر أخذ من مذهب
 أبى يوسف وسائر الأئمة ، وهكذا أخذت سائر أحكام هذه المادة من القانون
 من عدة مذاهب مختلفة ، وأدج بعضها فى بعض ، وكان منها ذلك المجموع
 المتناسب الذى جاءت به المادة .

هذا موجز لمصدر القانون الفقهى ، ولنفصل بعض التفصيل آراء الفقهاء
 ليتجلى فقه المسألة .

وأقوال الفقهاء تنحصر من أول الأمر فى أربعة :
 أولها — استحقاق القاتل للوصية ، سواء أكان القتل عمداً أم كان خطأ
 وهذا قول مالك ، وأحد قول الشافعى ، وحجته أن الوصية تملك كالهبة والقتل
 لا يبطل الهبة فلا يبطل الوصية .

ثانيها — بطلان الوصية بالقتل أجازها الورثة أو لم يجيزوها ، للأثر الصحيح
 . ليس للقاتل وصية ، ولأنه تعجل الأمر قبل أوانه ، ولأن الغرض من الوصية
 ثبت بطلانه ، وهو الصلة والمعروف بين الموصى والموصى له ، ولأن الوصية
 كالميراث ، وقد منع القتل فيه من غير نظر إلى إجازة الورثة ، فيمنع هنا ، ولأن القتل

بغير حق أكبر جناية إنسانية ، فاستحقت الزجر بالحرمان المطلق من الوصية ، كما استحققت الحرمان من الميراث . وبهذا أخذ القانون .

ثالثها — أن القتل يمنع الاستحقاق إلا إذا أجاز الورثة ، وهذا هو رأى أبى حنيفة ومحمد ، لأن امتناع الجواز لحق الورثة ، إذ هم الذين يتأذون بأخذ القاتل للوصية ، ولأن القاتل الموصى له ، كما وارت الموصى له ، وقد نفذت الإجازة الوصية فى الحالة الثانية فتجوز فى الأولى ، وتنفذها .

رابعها — أن الوصية إن حصلت بعد الجرح الذى أنضى إلى الموت صححت ونفذت فى دائرة الثلث الذى هو النصاب العام ، وإن كانت الوصية قبل ذلك بطلب بالقتل ، وهذا رأى فى مذهب الإمام أحمد ، وهو تفصيل حسن ، لأن منع الوصية كان لحق الموصى أولاً وبالذات ، فإذا كان قد أوصى ، أو أكد وصيته بعد أن نزل بجسمه سبب الموت من يد ذلك الأثيم ، فقد وضحت إرادته للوصية مع هذا الإثيم ، فكان جواز تنفيذها تحقيقاً لإرادته .

هذا حكم الوصية للقاتل فى المذاهب المختلفة ، وقد علمت أن القانون اختار رأى أبى يوسف ، ولا مانع من أن نقول إن عبارة القانون لا ترفض ذلك التفصيل الحسن الذى جاء فى القول الرابع ، من حيث أن المادة مفروضة فى أن القتل طرأ على الوصية ، فإن كان سبب القتل مقدماً على الوصية ، فن تحقق إرادة الموصى بتنفيذها ، إن ثبتت إرادته الكاملة ، ولكن المذكرة التفسيرية قررت أن القتل يبطل الوصية سواء أكان قبلها أم كان بعدها ولو أجازها الموصى بعد القتل وقبل الموت . ولكن ما هو القتل الذى يبطل الوصية ؟ قال الحنفية إنه القتل المباشر خطأ أو عمداً ، وقال بعض الشافعية إنه القتل العدوان سواء أكان مباشراً أم غير مباشر ولا مانع من أن نقول إن القانون قد أخذ حقيقة القتل المبطل للوصية من تعريف القتل المانع من الميراث ، وقد أخذ هذا من مذهب مالك وأحمد رضى الله عنهما ؛ إذ هما اللذان اعتبرا القتل العدوان بكل صورته مانعاً ، ولا يعتبر القتل الخطأ مانعاً من الميراث عندهما ؛ إذ هو لم يقصد القتل ، وقد عوقب على تقصيره بالدية ، ولا يمنع

من الميراث ولا الوصية ؛ إذ هو ما قصد التعجيل الإثم ، ولا ارتكب العدوان المبطل ،
ويدخل في القتل العدوان الأمر والبال والمحرص والمشارك والريثة^(١) والشاهد .

وقد انفق الفقهاء على أمرين : (أولهما) أن القتل بحق لا يمنع نفاذ الوصية
كالقتل قصاصاً أو دفاعاً عن النفس إن تعين الإنقاذ بذلك ، أو القتل حداً ، أو قتل
العادل مورثه الباغي ، وقال الطرفان مثل ذلك قتل الباغي مورثه العادل ، لأنه
في زعمه غير عادل ، وهو محاسب بزعمه ، ولكن رأى أبي يوسف في هذا أمثل .
الأمر الثاني — أن العقل إذا فقد ، أو غاب لعارض ، لا يعتبر القتل في هذه الحال ،
وكذلك إذا كان هناك عذر في القتل كقتل من يفاجئه مع أهله ؛ أو قتل ذات رحم
محرم منه ، إن تيقن زناها ، يسقط معنى الإثم فلا يكون الحرمان ، أو كان غير بالغ .
وقد أخذ في البلوغ بمذهب الصاحبين وهو خمس عشرة سنة .

وقد سلك في تفسير الأعذار المسلك القريب من قانون العقوبات مع المقررات
الشرعية ؛ في المواد ٦١ ، ٦٢ ، ٢٤٥ ، ٢٤٩ ، ٢٥٠ ، ٢٥١ ولا شك أن ذلك يجعل
انسجاماً بين قوانين الدولة المختلفة ، وليس فيه بعد عن الفقه ، بل هو متلاق معه .
٦٢ — وفقهاء المذهب الحنفي الذي يعتبر الأصل في العمل — على أن اختلاف
الدين لا يمنع الوصية ، وقد أجمعوا على ذلك ، أما اختلاف الدار ، فقد اختلفوا
فيه ، أهو مانع من الوصية أم غير مانع ، والأصل الذي انشعب منه الحكم
هو أن الصلوات تجوز بين المسلم والحربي إن جمعتهم رحم وأصلة ، فإن اختلاف
الدار لا يمنع صلة الرحم ، وقد بعث النبي ﷺ خمسمائة دينار إلى مكة حين
قحطوا ، وأمر بدفع ذلك إلى أبي سفيان بن حرب ، وصفوان بن أمية ليفرقاها ،
ثم إن صلة الرحم واجبة في كل وقت ، ومحمودة عند كل عاقل ، والإهداء من
مكارم الأخلاق ، وقد قال النبي ﷺ بعثت لأتكم مكارم الأخلاق .

(١) الريثة هو من يراقب المكان في أثناء مباشرة القتل لينع الناس أن يشاهدوه ،
فيقبضوا على الجناة أو يمنعهم .

هذا أصل مقرر ، ولكن اختلف بعد ذلك فقهاء المذهب الحنفى وأئمتهم في جواز الوصية للحربى ، فأجازها بعضهم ، لأنها صلة والصلات مباحة ، وكذلك تكون الوصايا ، ومنعها بعضهم ؛ لأن الحربى مباح الدم ، فهو فى حكم الميت كالمرتد ، فلا تصح الوصية له .

وقد اختلف النقل أيضاً عن الأئمة الأولين للمذهب الحنفى ، فقد ذكر فى الأصل ، وفى الجامع الصغير ، أنه لا يجوز ، وقال السرخسى فى شرح السير الكبير : لا بأس أن ير الرجل المسلم المشرك قريباً كان أو بعيداً حريباً كان أو ولياً ، ففهم من هذا الجواز .

وقد قال الزيلعى فى وجه التوفيق بين هذه الروايات المختلفة : إنه لا ينبغى أن يوصى لهم ، وإن فعل ثبت الملك لهم ؛ لأنهم من أهل الملك والمستأمن كالذمى فى حق الوصية ، لأن له أن يملكه المال حال حياته ، فكذا مضافاً إلى ما بعد مماته ،^(١) .

وأقوال الفقهاء الغالبة على أن الوصية جائزة للحربى المستأمن أى الذى يقيم ببلاد المسلمين لأمد معلوم مع بقاء ولايته لغيرهم ، أما غير المستأمن فلا تجوز الوصية له ، وقد روى عن أبى يوسف وأبى حنيفة عدم جوازها للمستأمن ، وقد رأيت أن الزيلعى يفسر عدم الجواز بأنه لا ينبغى ، ولكن الملكية تثبت ، إذ كل قواعد الملكية ثابتة .

وقد فصل القانون تفصيلاً حسناً ، فأخذ فى الوصية لغير المسلم الذى لا ينتمى إلى دولة إسلامية بمبدأ معاملة المثل ، فأجاز الوصية إذا كانت دولة الموصى له تجيز مثلها ، ومنعها إن لم تجز مثلها ، وأخذ فى المنع برأى المانعين لاختلاف الدار ، وقد روى هذا كما علمت عن أبى حنيفة وأبى يوسف ، وسار على المنع بعض الفقهاء .
٦٣ — أما إجازة الوصية لوارث ، وجعلها كوصية الأجنبى ، فهذا هو المبدأ الخطير الذى استحدث فى قوانين الدولة المصرية ، ويكاد يكون انقلاباً

(١) شرح التبيين ج ٦ ص ١٨٤ .

في التوريت الإسلامي ، لأن أساس التوريت الإسلامي تقسيم الشارع للتركة بين الورثة ، وقد أعطى المورث الثلث يعطيه من شاء من غير الورثة ، فإذا جاء المورث وأعطى هذا ومنع بعطائه ذلك ، فقد غاير قسمة الشارع ، وزاد بعض الأنصبة ونقص أخرى .

وقد ذكرت المذكرة التفسيرية التي صجبت إنشاء القانون في أولى مراحلها عند عرضه على مجامع الأمة أن القانون اعتمد على ما يأتي :

(١) الآية الكريمة وهي قوله تعالى : « كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين » .

(٢) قول بعض المفسرين إن الوصية للوارث نافذة ، وذكرت أن منهم أبا مسلم الأصفهاني .

(٣) أن بعض الفقهاء من غير المذاهب الأربعة نفذوا الوصية لو ارث من غير إجازة الورثة . (٤) أن الناس قد احتاجوا للوصية لو ارث . هذا خلاصة ما ذكرته المذكرة التفسيرية .

أما اعتمادها على الآية الكريمة ، فهو منضم إلى قول بعض المفسرين الذين اعتمدوا عليهم ، إن الوصية للوارث جائزة نافذة .

ونحن نسلم أن بعض المفسرين ، قد اعتبروا الآية غير منسوخة ، ولكن حاولوا التوفيق بينها وبين آية الموارث ، ومن هؤلاء أبو مسلم الأصفهاني ، وقد أخطأ كاتبو المذكرة التفسيرية في زعمهم أن أبا مسلم رأيه إجازة الوصية لو ارث ، بل هو فقط قال إن الآية غير منسوخة ، لأنه قرر أن لا نسخ في كتاب الله تعالى قط (١) .

(١) قد حرر الفخر الرازي في التفسير الكبير رأى أبي مسلم فقال بعد أن ذكر بعض العلماء قالوا إنها منسوخة : « ومنهم من قال إنها ما صارت منسوخة ، وهذا اختيار أبي مسلم الأصفهاني ، وتقرير قوله من وجوه : (أحدها) أن هذه الآية ما هي مخالفة لآية الموارث ، ومعناها كتب عليكم ما أوصى به الله تعالى من توريت الوالدين والأقربين من قوله تعالى : يوصيكم الله في أولادكم ، أي كتب على المختصر أن يوصى للوالدين والأقربين بنوفيز ما أوصى الله به لهم عليهم ، وألا ينقص من أنصبتهم .

ومع أننا نمنع نسبة نفاذ الوصية للوارث من غير إجازة الورثة إلى أبي مسلم
نقول إن بعض مفسري السلف^(١) ذكروا جوازها إذا كان هذا الوارث أحوج
من غيره ، والآية تشير إليه ، لأنها اشترطت لنفاذ الوصية ألا يكون فيها تجانف
لإثم ، إذ قال تعالى بعد آية الوصية . « فمن خاف من موص جنفاً أو إثماً فأصلح
بينهم فلا إثم عليه ، ولقد ذكر ذلك القول الزمخشري في الكشف ، فقال :
« وقيل لم تنسخ الآية ، والوارث يجمع له بين الوصية والميراث بحكم الآيتين ،
ومن الحق أن نقرر أنه وإن كان قد ذكر ذلك الرأي في كتب التفسير ،
هو رأي مغمور ، وليس بمشهور ، والعمل على غيره في جماعة المسلمين من أقدم
العصور أى منذ عهد الخلفاء الراشدين إلى يولييه سنة ١٩٤٦ ، أى حتى أحدثت
مصر ما أحدثت من ذلك .

هذان هما الأمران الأولان ، أما الأمر الثالث ، وهو قول بعض الفقهاء من غير

= (وثانها) أنه لا منافاة بين ثبوت الميراث للأقرباء مع ثبوت الوصية بالميراث ، عطية من
الله تعالى والوصية عطية بمن حضره الموت ، فالوارث يجمع له بين الوصية والميراث بحكم الآيتين .
(وثانها) لو قدرنا حصول المنافاة لكان يمكن جعل آية الموارث مخصصة لهذه الآية ،
وذلك لأن هذه الآية توجب الوصية للأقربين ثم آية الموارث تخرج القريب الوارث ،
ويبقى القريب الذى لا يكون وارثاً داخل تحت حكم هذه الآية ، وذلك لأن من الوالدين من
يرث ، ومنهم من لا يرث وذلك بسبب اختلاف الدين . . ومن الأقارب الذين لا يسقطون
في فريضة من لا يرث ، ومنهم من يسقط في حال ، ويثبت في حال . . فكل من كان من هؤلاء
وارثاً لم تجز الوصية له ، ومن لم يكن وارثاً جازت الوصية له . . فهذا تقرير مذهب أبي مسلم
في هذا الباب .

(١) قد حكى الأستاذ الشيخ محمد عبده هذا القول ، فقال « وجوز بعض السلف الوصية
لوارث نفسه بأن يخص بها من يراه أحوج من الورثة كأن يكون بعضهم غنياً ، والبعض
الآخر فقيراً . . فنحن نرى أن الحكيم الخبير اللطيف بعباده الذى وضع الشريعة والأحكام
لمصلحة خلقه لا يحتم أن يساوى الغنى الفقير ، والقادر على الكسب من يعجز عنه ، فإذا كان
قد وضع أحكام الموارث العادلة على أساس التساوى بين الطبقات باعتبار أنهم سواسية في
الحاجة ، كما أنهم سواء في القرابة ، فلا غرو أن يجعل أمر الوصية مقدماً على الميراث ،
أو يجعل نفاذ هذا مشروطاً بنفاذ ذلك قبله .

أصحاب المذاهب الأربعة، فلم تذكر المذكرة من هم، ولا ندرى لآى سبب لم تذكرهم، ولا شك أنهم معروفون عند كائنها، وهم بعض أئمة الشيعة الإمامية الاثنا عشرية، والاسماعيلية، والهادى والناصر وأبوطالب وأبو العباس من الأئمة الزيدية، وقد احتج أولئك بهذه الآية، وبزيادة ظنوها صحيحة فى قوله ﷺ: «د ولا يجوز الوصية لوارث بأكثر من الثلث»، وهذه الزيادة لم يقبلها علماء الحديث، بل لم يقبلها أحد من محدثى الجماعة، وإقحامها فى القول واضح، لأن منع الوصية بأكثر من الثلث لا يختص به الوارث، بل يعم الوارث والأجنبي.

وحجة الجماعة قائمة وهى قوله ﷺ: «د إن الله أعطى كل ذى حق، فلا وصية لوارث، وهو حديث آحاد، ولكن تلقاه التابعون وعلماء الأنصار جميعاً بالقبول فكان هذا إجماعاً على صحته، وهو يتفق مع آية الموارث، ولا منافاة بين الآية الكريمة الخاصة بالوصية وآية الموارث، بل لا منافاة بينها وبين الحديث، والجمع ممكن، لأن الآية ما أجازت الوصية للوارث، بل أجازت الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف، وليس متعيناً أن يكونوا ورثة.

وقد قال المغنى فى هذا المقام: «د إن النبى ﷺ قد منع إعطاء بعض الأولاد وتفضيل بعضهم على بعض فى حال الصحة وقوة الملك، وإمكان العدل بينهم بإعطاء الذى لم يعطه فيما بعد ذلك، لما فيه من إيقاع العداوة والحسد بينهم، فى حال موته، أو مرضه، وضعف ملكه، وتعلق الحقوق به، وتعذر العدل بينهم أولى وأحرى». وأما الوجه الرابع، وهو حاجة الناس إلى ذلك، فلم تبين المذكرة وجه الحاجة. ولقد نقدنا هذا الجزء من القانون، وهو مشروع^(١) وخلاصة ما وجهناه إليه: (١) أن القانون فى هذا الجزء يخالف ما كان عليه المسلمون من أقدم العصور إلى اليوم من غير حاجة واضحة إلى هذه المخالفة.

وأن هذه المخالفة تنتهى إلى مخالفة قسمة الله العادلة فى الموارث من غير مبرر وقد يقول قائل إنه قد توجد الحاجة إلى تخصيص بعض الورثة بأكثر من نصيبه، (١) راجع مجلة القانون والإقتصاد السنة الثالثة عشرة الأعداد الثالث والرابع والخامس.

لأن حاجته أشد ، وقد كنا نسوغ هذا مع أنه غير الأولى لأنه بدعة لو اقتصر المشروع على الحاجة ، بأن يجعل للورثة حق الاعتراض على الوصية ، إذا لم تكون ثمة حاجة بينة للموصى له بينهم .

(٢) أن هذا الجزء من القانون يثير البغضاء بين آحاد الأسرة ، لأنه سيوغر صدور من لم ينالوا مثل مانال ذو الخطوة ، وإنه لن يكون سبيل عدل ، بل سيكون في أكثر أحواله لغير العدل ، ولغير ذى الحاجة ، واعتبر ذلك بالأوقاف التي استخدمت لمجابهة بعض الورثة ، أو العقود التي كانت في حقيقتها وصايا ، وفي مظاهرها من البيوع . فأكثرها لم تدفع إليه الحاجة عند المختص بالخير ، بل المحبة الجاحمة ، والآثرة الظالمة ، وإن كان قليل منها لذى الحاجة في الغالب يميز الورثة ولا يتمتعون .

(٣) أنه بإضافة هذا الجزء من القانون إلى ما اشتمل عليه قانون الوقف من إجازة حرمان غير الزوجين والأبوين والأولاد ، يكون الميراث الذي قرره الله للأخوة وسائر العصابات قد ألغى أو أهمل ^(١) . ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم .

٦٤ — هذا وقبل أن نترك ذلك الجزء من القانون ننبه إلى أمر ، هو أن القانون المدني القديم قد اشتمل في بعض أحكامه على قيود خاصة ببيع المريض لوارث ، فالمادة ٢٥٤ منعت نفاذ البيع لوارث إلا بإجازة الورثة ، وهذا نصها : « لا ينفذ البيع الحاصل من المورث ، وهو حالة مرض الموت لأحد الورثة إلا إذا أجازته باقي الورثة » .

وقد كانت هذه المادة لحماية قانون الميراث القائم عند شرعها . وقد كان لا يبيح مجابهة الوارث ، ولا الوصية له ، ولا تخصيصه بعين من أمواله ، ولو بطريق البيع بمثل القيمة . .

(١) بإلغاء الوقف الأهلي بالقانونين رقم ١٨٠ ، ٣٤٢ لسنة ١٩٥٢ قد ألغى ذلك التخصيص والحد لله رب العالمين .

وإذا كان ذلك هو الغرض فقد تغير الوضع الآن ، وأصبح للمريض مرض الموت أن يوصى بثلث ماله للوارث ، فيجوز بالأولى أن يبيع له ، بشرط ألا يزيد المحاباة في الثمن عن الثلث ، وبذلك كانت هذه المادة في حكم الملغاة أو المنسوخة ، واكتفى بما يليها ، على أن نعم أحكامها الوارث وغير الوارث .

ولما جاء القانون المدني الجديد ربط بين تصرف المريض مرض الموت والوصية وما أتى به قانونها من أحكام جديدة ، وقد بينت بذلك المادة ٩١٥ و ٩١٦ و ٩١٧ .

وإن أحكام تصرفات المريض مرض الموت كلها التي كانت تقيد ، لمصلحة الورثة ، منماً لإيثار بعضهم على بعض أصبحت بعد صدور قانون الوصية مطلقة من هذه القيود ، فكفالة المريض مرض الموت لوارثه ، وكفالاته عن وارثه مطلقة في حدود الثلث ، وقد كانت من قبل مقيدة باعتبارها تبرعاً في مرض الموت للوارث ، وكذلك هباته في مرض موته لأحد ورثته ، فهي الآن مطلقة غير مقيدة إلا بالثلث ، وكذلك إقراره وهو مريض .

وذلك لأن كل التصرفات كان أساسها أن الوارث لا يجوز تخصيصه في مرض الموت بجزء من المال أكثر من نصيبه ، إلا إذا أجاز الورثة ، والآن وقد جازت الوصية للوارث بالثلث ، وكل تبرع في مرض الموت يأخذ حكم الوصية في مآله ، فهو جائز بجوازها ، وغير ممنوع بعد قانون الوصية .

ولقد كان الانسجام القانوني يوجب على مقترحي ذلك القانون ، وقد قرروا ذلك ، أن يضيفوا مادة أو مواد تبين إلغاء هذه الأحكام وأشباهاها بما كان مبنيًا على اعتبار أن الوارث لا يجوز له الوصية ، لكيلا يكون ثمة التباس في إلغائها ولكيلا يقع خطأ في تطبيقها ، والله سبحانه وتعالى هو المستعان .

الوصية للجهات^(١)

٣٦٥ — يصح أن يكون الموصى له جهة من الجهات ، فتصح الوصية لأماكن العبادات ، والمنشآت الخيرية ، كالمصالح والملاجئ وجهات البر بشكل عام ، كما تصح الوصية لمعاهد العلم والجامعات والمكاتب العامة ، وغيرها مما يكون خيرا عائداً على كافة الناس ، بل تصح الوصية لله تعالى أو لأعمال البر والنفع العام بيان جهة خاصة من وجوهه ، وتصرف في أى وجه من وجوه البر والنفع العام والمصالح العامة ، كمصلحة الكيمياء أو إدارة المرور ونحو ذلك .

ولا يشترط إذا عين جهة من الجهات ، أن تكون موجودة في الحال ، مادامت ستوجد في المستقبل ؛ ولو بعد وفاة الموصى ، وذلك يسير على مبدأ جواز الوصية للمعدوم الذى أخذ من مذهب مالك رضى الله عنه ، فإن وجدت الجهة صرفت إليها الغلات أو اختصت بالعين على حسب الموصى به ، فإن لم توجد وتعذر وجودها بطلت الوصية ، لتعذر وجود الموصى له .

والصرف على الجهات يكون على حسب شرط الموصى المفهوم من عبارته بالدلالة اللغوية أو العرفية ، مالم يكن الشرط من الشروط غير المتبعة في نظر القانون . فإن لم يعين الموصى طريقاً للصرف صرف على عمارتها ومصالحها وفقرائها ، وكل مصرف يعد من الشئون المتعلقة بها ، والصرف فيه صرف لها . ويلاحظ أمران : (أولهما) ، أن الوصية للجهات تعم الوصية لها بالتفليك

(١) بيان الوصية للجهات اشتملت عليه المادتان السابعة والثامنة ، وهما :

المادة ٧ — تصح الوصية لأماكن العبادات ، والمؤسسات الخيرية ، وغيرها من جهات البر ، والمؤسسات العلمية والمصالح العامة ، وتصرف على عمارتها ومصالحها وفقرائها ، وغير ذلك من شئونها مالم يتعين المصرف بعرف أو دلالة وتصبح الوصية لله تعالى ولأعماله البر بدون تعيين جهة ، وتصرف في وجوه البر .

المادة ٨ — تصح الوصية لجهة معينة من جهات البر ستوجد مستقبلاً ، فإن تعذر وجودها بطلت الوصية .

التام أى ملك العين والمنفعة كالوصية بالتقليك لمعهد من معاهد العلم ، تكون الملكية باعتباره شخصا معنويا يقبل التقليك ، وقد تكون الوصية بالمنافع على وجه الدوام ، أو على وجه التأقيت بعدد معين من السنين ، وتكون الوصية فى هذه الحال كالوقف ، أو تخرج تحريجه .

(الأمر الثانى) الذى يلاحظ أن القانون فى المواد التى ذكرت صحة الوصية للجهات قد ذكرتها بوصف البر ، أو الخير ، أو النفع العام ، وهذه الأوصاف تشير إلى أن الجهة تكون قرية ، والصرف إليها يعد صدقة مبرورة وصاحبها يكون مأجورا . وإذا كان القانون لم يذكر الجهات إلا موصوفة بذلك الوصف ، فهل هو يعتبر ذلك الوصف شرط صحة ، فلا تصح الوصية للجهات إلا إذا كانت قرية . قد يفهم ذلك من القانون ، ولكن الأولى بالفهم غيره ؛ لأن المادة ذكرت ذلك للجواز والصحة لالمنع غيره ، فمن أوصى لجهة من الجهات المالية التى خصصت لنوع من أنواع الاستغلال ليس فى المادة ما يدل على البطلان ، وإنما البطلان يؤخذ من المبادئ العامة التى قررها القانون ، وهى أن الوصية لا تبطل إلا إذا كانت معصية فى الاسلام ، ودين الموصى ، فما لم تكن معصية فالوصية لها — ولو كانت جهة — صحيحة لأن الوصية بالمعروف الذى لا منكر فيه وصية فى ذاتها صحيحة ، فلا مانع من أن يكون الموصى له جهة للاستغلال ، من شخص أسندت إليه هذه الجهة خدمة يصح أن تكافأ عليها ، ولم يجد سبيلا للمكافأة إلا الوصية لها .

٦٦ — والوصية للجهات كالمساجد والقناطر والجسور والمدارس ، والمصاح والملاجىء جائزة عند الفقهاء جميعا كما تدل على ذلك الفروع الكثيرة للذاهب الإسلامية المختلفة ، وإن عبارات الفقهاء صريحة فى جواز الوصية بصرف الغلات لمنافع هذه الجهات ، وكذلك إذا أوصى بأن يصرف مقدار من المال لمنافع هذه الجهات . أما تمليكها المين فان ذلك يحتاج إلى نظر ، فانهم قد ذكروا أنه إذا قال أوصيت لمسجد كذا — أن أبا حنيفة قال إن الوصية تكون باطلة ؛ لأن المسجد ليس أهلا

للتمليك ، وهذه وصية بالتملك ، وقال محمد تصح الوصية ، ويصرف الموصى به في مصالح المسجد أو الجهة الموصى لها بالعين ^(١) .

وأنه على مقتضى التصوير الفقهي في عضورنا الحديثة الذى جعل للجهات شخصية معنوية تصلح للامتلاك والتملك . وقد دفعهم إلى ذلك كثرة المؤسسات الخيرية والشركات الاستغلالية — تكون الوصية للجهات صحيحة ، ولو كانت تملك أعيانها ، وينبغى أن يكون ذلك قول أبى حنيفة ؛ لأن علة المنع عدم قبولها للامتلاك ، وهى الآن قابلة للامتلاك ، كالأشخاص الحقيقيين .

والوصية لجهة غير موجودة وقت الوفاء ، وستوجد مأخوذة من مذهب مالك رضى الله عنه ؛ إذ يحيز الوصية للمعدوم ، كما سنبين إن شاء الله تعالى .

الوصية للمعدوم ^(٢)

٦٧ م — أجاز القانون الوصية للمعدوم ، وهو من لم يكن موجودا وقت إنشاء الوصية ، ويحتمل أن يوجد في المستقبل ، سواء أوجد عند الوفاة ، أم لم يوجد إلا بعدها ، وقد يحصل اليأس من وجوده بعدها ، كأن يوصى لمن يولد

(١) قد وجد في المدونة ما يفيد أنه إذا أوصى لمسجد ، فإن العين تكون وقفا على المسجد ، فقد جاء في بيان من يوصى لمسجد وبوصايا أخرى لغيره : « ما صار للمسجد من ذلك في الخاصة وقف فيستصبح منه . . قال سحنون وكذلك كل ما كان إلى الناس بغير أجل ، المدونة الكبرى ج ١٥ ص ٥١ .

(٢) بيان أحكام الموصى له إذا كان معدوماً جاء في المواد ٢٦، ٢٧، ٢٨ ، وهذا نصها : المادة ٢٦ — تصح الوصية بالأعيان للمعدوم ، ولما يشمل الموجود والمعدوم عن محضون ، فإن لم يوجد أحد من الموصى لهم وقت موت الموصى كانت الغلة لورثته ، وعند اليأس من وجود أحد من الموصى لهم تكون العين الموصى بها ملكاً للورثة ، وإن وجد أحد من الموصى لهم عند موت الموصى أو بعده كانت الغلة له إلى أن يوجد غيره فيشارك معه فيها ، وكل من يوجد منهم يشارك فيها مع من يكون موجوداً وقت ظهور الغلة إلى حين اليأس من وجود مستحق آخر ، فتكون العين والغلة للموصى لهم جميعاً ، ويكون نصيب من مات منهم تركته عنه .

لفلان ، ولم يكن له ولد عند الإنشاء ، ولم يولد له ولد عند الوفاة ، أو ولد له ولد ومات ، أو حصل اليأس من أن يكون له ولد بعد الوفاة ، إذ يموت عقيماً ، فقد أجاز القانون إنشاء الوصية مع كل هذه الفروض ، وإن كانت في الحال الأخيرة تنشأ صحيحة ، ولكنها تنتهى بالبطلان لتعذر وجود من يستحقها ، كبطلان الوصية للموصى له المعين الموجود ، إذا مات قبل الموصى ، فإن الوصية نشأت صحيحة ، ثم بطلت لتعذر تنفيذها . والوصية كما تصح للمعدوم منفرداً بها ، تصح له مع موجود ، كأن يقول أو صيت لأولاد فلان الذين ينتسبون إليه في الحال والاستقبال فإنه يدخل في الاستحقاق أولاده الذين كانوا وقت إنشاء الوصية ، ومن يكونون بعد ذلك .

وقد أجاز القانون الوصية بالأعيان ، أو المنافع ، والوصية بالأولى تملك تام عند توافر شروط الوصية ، والثانية تملك ناقص .

والأحكام الخاصة بالوصية للمعدوم تقوم على أصول ثلاثة ، ومنها تفرعت الأحكام وهذه هي الأصول وفروعها :

الأصل الأول — أن الملكية التامة لا تنتقل إلى الموصى لهم إلا عند وجودهم بالوصف الذى ذكره الموصى ، وعدم إمكان دخول غيرهم ، فإذا قال أوصيت بهذه العين لمن يولد لمحمد ، ومات الموصى ، ومحمد له ولد واحد ، لا تكون له ملكية العين ، بل لمغلتها ، فإن وجد آخر شركه فيها ، وإن وجد ثالث اشترك معهما ،

== المادة ٢٧ — إذا كانت الوصية لمن ذكر وفى المادة السابقة بالمنافع وحدها ، ولم يوجد أحد منهم عند وفاة الموصى أو بعدها كانت لورثة الموصى ، وإن وجد مستحق حين وفاة الموصى ، أو بعدها كانت المنفعة له ، ولكل من يوجد بعده من المستحقين إلى حين انقراضهم ، فتكون المنفعة لورثة الموصى ، وعند اليأس من وجود غيرهم من الموصى لهم ترد العين لورثة الموصى .

المادة ٢٨ — إذا لم يوجد من الموصى لهم غير واحد انفرد بالغلة أو العين الموصى بها ، إلا إذا دلت عبارة الموصى ، أو قامت قرينة على أنه قصد التعدد ، وفى هذه الحالة يصرف للموصى له نصيبه من الغلة ويعطى الباقي لورثة الموصى ، وتقسم العين بين الموصى له وبين ورثة الموصى عند اليأس من وجود مستحق آخر .

وهكذا ، حتى يموت محمد ، فعندئذ تكون ملكية العين والرقبة للموصى لهم ، وقبل ذلك ملكية الرقبة تكون للورثة ، وإذا لم يوجد مصرف للغلة كانت لهم أيضاً ، ولذلك إذا مات الموصى ، وليس لمحمد ولد تكون الغلة للورثة ، حتى يوجد له أولاد ، وهكذا كلما كانت الغلة لامصرف لها في وقت وجود الرقبة في ملكهم ، فالغلة بالتبعية للرقبة ، وإذا آلت ملكية الرقبة والمنافع للموصى لهم ، فإن من يموت منهم يكون نصيبه لورثته ، وكذلك مات قبل ذلك في حياة محمد ، فإنه عندما تثول الأعيان نهائياً لأولاده تقسم بين الأولاد الأحياء ، ومن ماتوا ، وبأخذ ورثة المتوفى ما يخصه من غلات في حياة محمد ويكون لورثتهم ما خصهم ، ولأجل كمال الفائدة تنقل ماجاء بالمذكرة التفسيرية في هذا وهو ، « وإن كانت الوصية لمن يمكن حصرهم ، سواء أذكرهم الموصى بلفظ يدل على أنهم لم يوجدوا ، كالوصية لمن سيوجد لفلان ، أو لمن يكون فقيراً منهم ، ولم يكن منهم فقير حين الوصية أم ذكرهم بلفظ يشمل الموجود منهم ، ومن لم يوجد كالوصية لأولاد زيد ، أو لطلبة العلم منهم ، فالغلة قبل وجود أحد تكون ملكاً لورثة الموصى . وعند اليأس من وجود أحد يكون الأصل والغلة لهم ، إلا إذا كان الموصى في الوصية بالغلة قد جعلها لموصى له آخر فتكون له . »

وإن كان أحد منهم موجوداً حين موت الموصى أو وجد بعد ذلك استحق الغلة إلى أن يوجد غيره فيشاركه فيها ، وهكذا كلما وجد واحد اشترك مع من يكون موجوداً وقت الغلة .

وعند اليأس من تزايد أحد في الوصية بالأعيان تقسم العين الموصى بها بين الموصى لهم الأحياء منهم والأموات ، ويقسم نصيب من مات بين ورثته قسمة الميراث ، وفي الوصية بالمنافع يستبد الموجودون بالغلة إلى أن ينقرضوا ؛ فتكون بعد ذلك العين والغلة لورثة الموصى إن لم يكن موصى بها لآخر ، فتكون له .

وإذا انقرض الموصى لهم قبل اليأس من وجود غيرهم تكون الغلة لورثة الموصى ، حتى يوجد أحد فيستحق الغلة .

وإذا لم يوجد إلا واحد عند وجود العلة ، أو عند اليأس من تزايد أحد استحق كل الغلة في الوصية بالمنفعة ، واستحق العين الموصى بها في الوصية بالأعيان ، وهذا إذا لم يوجد نص أو قرينه تدل على أن الموصى قصد بوصيته متعدياً ، ففي هذه الحال يأخذ الموصى له حصته من الوصية .

الأصل الثاني — أنه إذا كانت الوصية بالمنافع للمعدوم الذي سيوجد فان ملكية الرقبة تكون للورثة دائماً ، وليس للموصى لهم إلا المنفعة ، كما هو الشأن في الوصية بالمنافع ، فان ملكية الرقبة فيها في مدة تنفيذ الوصية تكون للورثة ، والوصية بالمنافع للمحصولين تكون مؤقتة دائماً ، إما بحياتهم ، وإما بالوقت الذي يعينه الموصى ، وإن قدر زمناً معلوماً ، فان الوصية تنتهي بانتهاء ذلك الزمن .

ويترتب على اعتبار ملكية الرقبة ثابتة لورثة الموصى دائماً ، أنه إذا لم يوجد أحد من الموصى لهم وقت الوفاة تكون الغلة لهم ، فان وجد واحد من الموصى لهم استحق الغلة ، فان وجد آخر اشترك معه ، وهكذا ، حتى يكون اليأس من وجود غيرهم ، فإنها تكون لهم مدة حياتهم ، فاذا انقرضوا جميعاً ، ولم يكن الموصى جعل الغلة من بعدهم لأحد غيرهم ، فان الغلة تتول إلى من لهم ملكية الرقبة ، وهم الورثة ، وإذا انقرض بعضهم فان القانون لم يصرح بحكمه ، ولكنه يفهم مما ذكره بعد ذلك ، فانه إذا كان الاسم ينطبق على الباقيين يأخذون الغلة ، وهكذا ، حتى ينقرضوا ، فتتول الغلة بعد ذلك إلى الورثة ، وإن كان الاسم لا ينطبق على الباقيين ، أو قيد الموصى بقيد يفهم منه أنه لا يأخذ الغلة كلها إلا عدد معين ، فان الباقيين يأخذون ما يستحقون بمقتضى الشرط ، والباقي يكون للورثة ، وهكذا حتى ينقرض الجميع .

الأصل الثالث — أنه يلاحظ عند تنفيذ الوصية لفظ الموصى ، والقرائن اللفظية والعرفية التي قارنت لإنشاء الوصية ، من حيث اعتبار الواحد مستحقاً لكل الموصى به ، أو بعضه ، فانه إذا كان اللفظ يدل على أن الواحد ينفرد بكل الموصى به ، ولم يكن إلا واحد أخذ الموصى به كله في الدائرة التي بينهاها ، وإن كان اللفظ

يدل على شرط النعقد لاستحقاق الكل ، كأن قال أوصيت لمن يولد لفلان يأخذ الاثنان كل العين ، ومن دونهما يأخذ بمقدار هذه النسبة لا يستحق الكل إلا اثنان أو أكثر ، وحيث لا يتوافر الشرط ، يأخذ الموجودون ما يستحقون والباقي يكون للورثة أيا كان الاستحقاق غلة فقط أو غلة ورقبة على حسب الأحوال الميينة في الأصلين السابقين .

٦٨ م — هذه خلاصة أحكام الوصية بالمنافع والأعيان للمعدوم ؛ إنمابلا حظ في المنافع أمران — أحدهما — أن تكون الوصية بالمنافع غير متجاوزة الطبقتين على ماسنين في بيان أحكام الوصية بالمنافع ، وفي أحكام الوصايا بها التي تكون لطبقات ، ولذلك فضل بيان في موضعه .

ثانيهما — أن الوصية بالمنافع قد تكون لغير المحصورين الذين لا ينقطعون غالباً ، ولا تكون المنافع فيها قابلة حينئذ لأن تعود إلى الورثة ؛ لأنهم في الغالب لا ينتهون ، وكذلك الحكم إذا اشترك مع الموصى له المعدوم موصى له غير محصور ، وسنين قريباً الوصية لغير المحصورين ، وأحكام القانون فيها .

٦٩ — ولنتقل بعد ذلك إلى بيان المصدر الفقهي لذلك الجزء في القانون وإنه مذهب مالك المتسع الرحاب ، ولقد قالت المذكرة التفسيرية في المواد المتعلقة بذلك : « اشتملت هذه المواد على أحكام جديدة مأخوذة من مذهب الإمام مالك بقصد التوسعة على الناس ، لأنه لا يشترط في مذهبه وجود الموصى له وقت موت الموصى ، خلافاً لمذهب الحنفية ، فإنه يشترط فيه ذلك » .

ولنبين بعض البيان مذهب أبي حنيفة ومذهب مالك في هذا المقام .
اتفق فقهاء المذهب الحنفي على أن الموصى له إذا كان غير معين بالإسم أو الإشارة ، بل معروفاً بالوصف لا يجب أن يكون موجوداً وقت الوصية ، بل يجب وجوده وقت الوفاة ، وإن كان معيناً بالإسم أو الإشارة ، فقد يفهم من كلام الكاساني في البدائع عند الكلام في الحمل أن في المسألة روايتين ، إذ قد قال : إذا قال أوصيت بثلث مالي لما في بطن فلانة - فإنها إن ولدت لما يعلم أنه كان موجوداً في البطن صححت الوصية ، وإلا فلا ، وإنما يعلم ذلك ولدت لأقل من ستة أشهر

ثم يعتبر ذلك من وقت موت الموصى في ظاهر الرواية ، وعند الطحاوى رحمه الله من وقت الوصية ، وجه ما ذكر الطحاوى رحمه الله أن سبب الاستحقاق هو الوصية فيعتبر وجوده ، ووجه ظاهر الرواية أن وقت نفاذ الوصية واعتبارها في حق الحكم وقت الموت ، فيعتبر وجوده من ذلك الوقت .

وإن هذا الكلام فيه شيء من الغرابة ، أو على التحقيق فيما يستند إلى ظاهر الرواية شيء من الغرابة ، لأن رواية الطحاوى واضحة ؛ إذ أنه ما دام معيناً بالإشارة أو بالنسبة إلى أمه في وقت الوصية ، يجب أن يكون موجوداً في ذلك الوقت ، لتصح العبارة ، وكذلك كل معين بالتعيين ، وعلى ذلك يجب حمل ما جاء في ظاهر الرواية على الحل الذى يكون في ضمن المعرفين بالوصف لا بالتعيين .

ومهما يكن من القول في المعين بالتعيين ، فإن المعرف بالوصف يشترط وجوده وقت الوفاة ، لأن الملك بالوصية كالمملك بالميراث ، وشرط الميراث تحقق وجود الوارث وقت وفاة المورث ، كذلك شرط نفاذ الوصية تحقق وجود الموصى له وقت وفاة الموصى .

٧٠ - أما مذهب مالك ، وهو المصدر الفقهي للقانون في هذا الموضع ، فإنه يجوز الوصية للمعدوم ، بل يجوز الوصية للبيت في الأقوال المشهورة عنده ، إن علم الموصى بموته وقت الوصية ، ويصرف الشيء الموصى به في أداء ديونه ، وإن لم يكن عليه دين كان الموصى به لوارثه ، فإن لم يكن له وارث بطلت الوصية لاستحالة تنفيذها ، ولا تعطى لبيت المال ، لأنه ما قصد الإعطاء له ، إنما قصد الإعطاء للبيت ، ومعناه الإعطاء لشخصه بوفاء دينه ، أو الإعطاء لأقاربه الوارثين ، وإن كان الموصى لا يعلم وقت الوصية بموت الموصى له لا تصح ، لأن الظاهر أنه قصد الوصية له شخصياً بفرض حياته .

ووافق جمهور الفقهاء في بطلان الوصية للبيت من المالكية محمد بن عبد الحكم ووجهته معهم أن الميت ليس أهلاً للتملك ، ولكن المالكية لا يجعلون القواعد حائلاً بينهم وبين المصالح ، ولذلك يقضون بما فيه المصلحة ، ولو خالف القواعد

والمصلحة هنا في تنفيذ الوصية ، إذ تتحقق مصلحة الموصى ، فلا يهدر قوله ،
ومصلحة الموصى له بسداد ديونه ، وإعطاء ورثته ، وذلك توجيه لكلام العاقل
نحو غرض صحيح مقصود .

٧١ - والوصية للمعدوم الذي سيوجد صحيحة نافذة بالاتفاق في المذهب
المالكي ، سواء أوجد وقت الوفاة أم لم يوجد إلا بعدها ، وخالفه الحنفية ،
فاشترطوا الوجود وقت الوفاة كما ذكرنا لكي تكون الملكية للموصى له بالخلافة
عن الموصى ، ولكن المالكية لا يستمسكون بالقواعد إن عارضت المقاصد
والمصالح ، والمصلحة في تنفيذ الوصية ، فلا يمنع تنفيذها قاعدة .

فإن كان الموصى له موجوداً وقت الوفاة ، ولم يكن ثمة احتمال لوجود غيره
من يشمله الوصف ، فإن الموصى به ، يكون له بالملكية التامة إن كان عيناً ،
وبالملكية الناقصة إن كان منفعة ، وإن لم يكن قد وجد وقت الوفاة أحد انتظر ،
فإن حصل يأس من الولادة ، بأن مات عقيماً بطلت الوصية ، وإن ولد له ولد
استحق الغلة من وقت ولادته فقط على المشهور ، والغلة فيما بين الوفاة ، وولادته
تكون للورثة ، لأن الرقبة على ملكهم ، ولو كانت الوصية بالعين ، وقيل إنه يستحق
الغلة من وقت الوفاة ، لأنها هي والعين تكون موقوفة حتى يولد ، فإن ولد أخذ الغلة
وأخذ القانون بالاول ، وإن وجد ثان شارك إلى أن يحصل اليأس من
وجود غيرهم ، فتكون ملكية العين لهم ، وتورث عنهم إن كان الوصية بالعين ،
وإن كان بالمنفعة لا يكون لهم غيرها ، وإذا انقرضوا انتقلت إلى الورثة الذين
يملكون الرقبة .

ولاشك أن توسعة الملكية في فتح باب الوصية هو الذي يتفق مع المصلحة
والفقه ، لأن الوصية من عمل المعروف ، وعمل المعروف يتوسع فيه بما لا يتوسع
في غيره ، ولأن الوصية كالوقف ، وقد جاز الوقف على من سيوجد ، فتجوز
الوصية أيضاً ، ولأن الفقهاء جميعاً أجازوا فيها ما لم يجيزوا في غيرها ، فأجازوا الوصية
بالمجهول ، والمعدوم الذي سيوجد عند الوفاة ، فتساح الفقهاء جميعاً في القواعد
بشأنها ، فكان من الواجب التوسعة أيضاً بإجازة الوصية للمعدوم الذي سيوجد ،

الوصية للحمل^(١)

٧٢م — والحمل له شبه بالمعدوم الذى سيوجد ، ولذلك نذكره عقبه .
أجمع الفقهاء على جواز الوصية للحمل المستكن ، وإن اختلفوا فى الهبة له ،
ووجه الفرق بين الهبة والوصية فى هذا أن الهبة تمليك فى الحال ، فيقتضى وجود
المملك فى الحال على وجه اليقين ، والهبة عند أكثر الفقهاء لا تتم إلا بالقبض ،
ولا يوجد من يقبض عن الجنين ، لعدم ثبوت الولاية عليه ، وهو جنين ،
أما الوصية فهى تمليك مضاف إلى ما بعد الموت ، فتفويضها لا يكون إلا بعده ،
فلا ضرورة لوجوده يقرن وقت الوصية ، ولأن الوصية كالإيراث من حيث
إن المالك فيها يثبت بالخلافة ، والحمل يرث ، فصح أن يوصى له .

ولكن الوصية للحمل توجب أن يثبت وجوده فى بطن أمه عند إنشاء الوصية
إذا كان معيّناً بالتعيين ، لأن الموصى له المعين يشترط وجوده وقت الوصية ،
ويجب أن يكون مرصوفاً بالأوصاف الذى ذكرها الموصى ، فان ذكر أن الوصية لحمل
فلانة من فلان ، فلا بد لصحة الوصية من أن يثبت نسبه من فلان هذا ، لأنه عرفه

(١) الوصية للحمل قد اشتملت على بيانها المادة ٣٥ ، ٣٦ من القانون ، وهذا نصهما :
المادة ٣٥ : تصح الوصية للحمل فى الأحوال الآتية :

١ — إذا أقر الموصى بوجود الحمل وقت الوصية ، وولد حياً خمسة وستين وثلاثمائة
يوم فأقل من وقت الوصية .

٢ — إذا لم يقر الموصى بوجود الحمل وولد حياً لسبعين ، وماتت يوم على الأكثر من
وقت الوصية ، ما لم تكن الحامل وقت الوصية معتدة لوفاة أو فرقة بائنة ، فتصح الوصية
إذا ولد حياً خمسة وستين وثلاثمائة يوم فأقل من وقت الوفاة أو الفرقة البائنة ، وإذا كانت
الوصية لحمل معين اشترط لصحة الوصية مع ما تقدم ثبوت نسبه من ذلك المعين .

وتوقف غلة الموصى به إلى أن ينفصل الحمل حياً فتكون له .

المادة ٣٦ — إذا جاءت الحامل فى وقت واحد ، أو فى وقتين بينهما أقل من ستة أشهر
بولدين حين أو أكثر كانت الوصية بينهم بالتساوى ، إلا إذا نصت الوصية على خلاف ذلك
وإذا انفصل أحدهم غير حى استحق الحى منهم كل الوصية ، وإن مات أحد الأولاد بعد
الولادة كانت حصته بين ورثته فى الوصية بالأعيان ، وتكون لورثة الموصى فى الوصية بالمنافع .

هذه النسبة ، فيكون كمن يقول أوصيت لولد فلان ، فلا بد من ثبوت نسبه منه .
وتأكد وجوده في بطن أمه له طريقان : طريق التأكد الطبيعى ، وطريق
التأكد الحكى ، ولكل واحد منهما حال يثبت فيها .

فالتأكد الطبيعى ذكره القانون ؛ وهو أن يولد لسبعين يوماً ومائتى يوم (٢٧٠)
على الأكثر من وقت الوصية ؛ ويكون إذا كانت الحامل زوجة أو معتدة من
طلاق رجعى وقت الوصية ؛ ولم يكون في عبارة الموصى ما يدل على إقراره بأن
الحمل مستكن في بطن أمه وقت إنشاء الوصية ؛ وإنما اعتبر التأكد الطبيعى
بولادته لتسعه أشهر أى (٢٧٠) لأن الحمل عادة يكون لهذه المدة ، ويندر أن
يولد حياً لأقل من هذه المدة ؛ كما هو مجرى العادة عند سائر الناس .

واعتبر التأكد الحقيقى في حال قيام الزوجية ؛ لأن القانون ليس له حكم بأمد
معين أكثر من هذا ، حتى يعتبر الأخذ به لمدة عينها الشارع في أحكام ثبوت
النسب أو غيره ؛ وتعتبر الزوجية قائمة حكماً في حال الطلاق الرجعى ، ولذلك
الحق في الوصية بقيام الزوجية ، وسناقش ذلك .

والتأكد الحكى يكون بولادته في المدة التى اعتبرها القانون المصرى أقصى
مدة لوجود الحمل في بطن أمه ، وهى خمسة وستون يوماً وثلاثمائة ، وقد أخذ
بهذه المدة في حالين .

الحال الأولى — حال الاقرار بالحمل ؛ لأنه في حال الإقرار يؤخذ المقر
بأقراره ، إلا إذا ثبت يقيناً كذبه في هذا الإقرار ، وذلك يكون بولادته في المدة
التي اعتبرها الشارع أقصى مدة للحمل ، وهى (٣٦٥) أى سنة شمسية ، فالمد تله
لاكثر من هذا لايسوغ تكذيب المقر في إقراره ، بل يؤخذ هو وورثته .

والحال الثانية — هى حال اعتداد الحامل من وفاة أو فرقة بائمة ، فإن الحمل
يدخل في الوصية إذا ولدته لأقل من (٣٦٥) من وقت وفاة الزوج ، أو من وقت
حدوث الفرقة ، فإنه في هذه الحال تصح الوصية ، وإن ولدته لاكثر من تسعة شهور
من وقت صدورهما ، وذلك لأن الشارع حكم بثبوت النسب في هذه الحال إذا جاءت به

لهذه المدة ، ومعنى ذلك أنه حكم بأنه كان في بطن أمه وقت الوفاة أو الفرقة ، فكان واجب التنسيق الفقهي أن يحكم بوجوده في كل الأحوال ، ومنها حال الوصية .
ولأنما جعل القانون المصري أقصى مدة لثبوت الحمل هي ٣٦٥ أى ستة شمسية ، لأن الأطباء قرروا أن الحمل لا يمكن أن يستقر في بطن أمه أكثر من خمسة وستين يوماً وثلاثمائة ، وإن ذلك يتفق مع رأى محمد بن عبد الحكم من فقهاء المالكية فإنه جعل أقصى مدة الحمل سنة ، وكذلك رأى بعض الحنابلة ، غير أن السنة تحتسب عند هؤلاء بالسنة الهلالية .

٧٣ — هذه هي المدة التي عينها القانون للتأكد من وجود الحمل في بطن أمه وقت الوصية ، ويجب أن نشير هنا إلى أمرين :

الأمر الأول — أن القانون توهم عبارته أنها إن ولدت لأكثر من (٣٦٥) من وقت وفاة الزوج الذي تعدد من وفاته ، أو من وقت الفرقة البائنة التي تعدد منها ، ولكن أقل من تسعة أشهر من وقت الوصية أن الوصية لا تصح ، لأنها داخلية في الحال الثانية في المادة (٣٥) وهي تمنع الصحة ، ولكن المنطق يوجب أن تصح الوصية مادام لم يذكر أن الحمل لا بد أن يكون من الزوج ، لوجود التأكيد الطبيعي ، وهو وجوده في بطن أمه وقت الوصية ، وروح القانون يؤدي إلى ذلك ، وإن كانت النصوص لا تسعف به ، وذلك لأن الأصل في ثبوت وجود الحمل في بطن أمه ، أن يلاحظ فيه الطبيعة والفطرة ، وكانت زيادة المدة إلى (٣٦٥) على خلاف الأصل من غير أن تمحوه ، وتزيل اعتباره ، وذلك لصدور الإقرار ، والحكم بثبوت النسب ، وعلى ذلك يكون تقدير مدة أطول غير ملغ لاعتبار المدة القصيرة ، فإذا ولدته لأكثر من ٣٦٥ من وقت الوفاة أو الفرقة ، ولكن لأقل من تسعة أشهر من وقت الوصية تعتبر الوصية صحيحة ؛ إلا إذا ربط الموصى الوصية بثبوت النسب ، فإنها حينئذ لا تصح ، لأنه أوصى للحمل على اعتبار نسبه ، ولا يثبت قضاء من المطاق أو الميت بعد هذه المدة .

الأمر الثاني — أن الوصية خالفت الميراث في الحمل بالنسبة لولادته في حال

اعتدادهما من الفرقة بطلاق رجعى ، فقانون الوصية يعتبر الوصية صحيحة إذا جاءت لتسعة أشهر من وقت الوصية لأكثر ، بينما قانون الميراث جعلها كالمعتدة من فرقة بائنة أو وفاة ، وقانون الميراث يسير مع أحكام ثبوت النسب إذا أنت به لأكثر من (٣٦٥) يوم ، فإذا لوحظ فيها التأكيد الحكيم يكون الانسجام القانوني ثابتاً ، إذ يحكم بوجوده في بطن أمه في حال النسب ، ويحكم به في حال الميراث ، بلا فرق فرق بينهما .

أما في الوصية فقد كان التخالف واضحاً ، إذ أنه قد حكم بوجوده في بطن أمه في حال النسب ، بينما لم يحكم بذلك في حال الوصية ، وذلك تفارق لايسوغ في قوانين الدولة الواحدة ، وفي موضع واحد .

ولذلك يجب أن يوحد الأمر في هذه القوانين الثلاثة : النسب ، والميراث والوصية ، إما بجعل المدة تسعة أشهر في الثلاثة ، بالنسبة للمعتدة من طلاق رجعى أو (٣٦٥) في الوصية أيضاً .

٧٤ — ولقد قرر القانون احتمال ولادة أكثر من ولد في حمل واحد ، في وقت واحد أو في وقتين مختلفين بينهما زمن يدل على أنهما توأمان ، وهو أقل من ستة أشهر . فرض القانون ذلك ، فقرر أنه إن ولد أحدهما حياً ، والآخر ميتاً كان الموصى به كله للحى ، وإن ولدوا أحياء كان الموصى به بينهم بالتساوى ، إلا إذا كان للموصى نص في مثل هذه الحال ، فإنه يتبع نصح .

وإذا ولد أحدهما حياً ثم مات ، فإنه ينتقل ما يستحق إلى ورثته ، لأنه مات بعد استحقاقه ، ودخول الموصى به في ملكيته ، ويجب أن يفرض أن ذلك مشروط بقبول من تكون له الولاية ، لأن القبول شرط لثبوت الملكية في الوصية ، وقد اشترط القانون القبول في كل الوصايا ، ولم يستثن من ذلك الوصايا للمحمل ، فإنه جعل القبول لمن له الولاية على ماله بإذن من المجلس الحسبي ، فلكي نقول إن نصيب الحمل الذى يولد حياً ، ثم يموت — ينتقل إلى ورثته ، يجب أن نفرض أن الملكية انتقلت إليه ، فإن لم يكن القبول قد وجد ، فإن حق القبول والرفض ينتقل في نصيبه إلى ورثته .

وهذا كله إذا كانت الوصية بالأعيان ، أما الوصية بالمنافع له ، فهي وصية بالمنفعة لمعين ، فتنتهى بموته ، لأن الوصية بالمنافع ، إن لم يكن لها شرط معلوم تنتهى بوفاة الموصى له بها .

٧٥ م — والظاهر من قانون الوصية كالظاهر من قانون الميراث ، أن شرط استحقاقه للموصى به ، ولادته كله حياً ، وتعلم حياته بحركة أو صوت ، من بكاء أو عطاس أو نحو ذلك ، فإن لم يظهر شيء بعد ذلك كان للقاضي أن يرجع إلى أهل الخبرة من الأطباء لمعرفة حياته بعد ولادته ، واشتراط ولادته كله حياً لاستحقاق الميراث والوصية هو مذهب الأئمة الثلاثة مالك ، والشافعى ، وأحمد أما مذهب الحنفية فالشرط ولادة أكثره حياً ، لأن الأكثر حكم الكل .

وقد صرحت المذكرة بذلك فقالت ، مذهب الحنفية الذى جرى عليه العمل (من قبل) أنه يكفي فى حياة الحمل الموصى له أن يولد أكثره حياً ، وقد رتبى من المصلحة العدول عن مذهب الحنفية إلى مذهب الشافعى الذى يشترط فى الحياة أن يولد الحمل ، وبه حياة مستقرة ، والحياة المستقرة تثبت بوجود الأعراض الظاهرة للحياة ، كالبكاء والصراخ والشهيق ، فإنه لم توجد هذه الأعراض ، رجع إلى رأى الأطباء الشرعيين من أن الجنين ولد حياً حياة يقينية .

٧٦ — وأحكام الحمل أخذت فى الجزء السابق كما ترى من رأى الأئمة الثلاثة كما ذكرنا ، ومن رأى الشافعى خاصة ، كما ذكرت المذكرة التفسيرية ، فحق على الباحث أن يرجع إليه فى تفسير مبهمه ، وتفصيل مجمله .

وأما المدد فقد أخذ الحد بتسعة أشهر من مذهب أحمد بن حنبل ، وهو يتفق مع الأغلب الشائع الأعم ، وأخذ الحد بمدة سنة من رأى محمد بن عبد الحكم من فقهاء المالكية .

ولكن أخذ بالنظام الشمسى فى السنة ، للاحتياط للحمل ، وخولف بذلك الأصل الذى أخذ منه القانون ، فإن رأى ابن عبد الحكم هو الحد بسنة هلالية ، واعتبرت تسعة الأشهر بالأيام ، وخولف بذلك الأصل ؛ لأن تسعة الأشهر فى مذهب الإمام أحمد هى هلالية أيضاً .

وقد اشترط القانون الوصية للحمل إن ذكر أنه من فلان أن يثبت نسبه منه ، لا أن يثبت مجرد العلوق ، وذلك لأنه قد يكون الحمل منه ، ولكن لا يثبت النسب ، لأنه إذا كان من زنى لا يثبت النسب ، فإذا أوصى لحمل فلانة من فلان ، وكان من زنى لا يثبت النسب ، فلا تثبت الوصية ، وهذا مذهب الشافعى ، وبه أخذ القانون . هذا ويلاحظ أن الموصى إذا مات قبل أن تلد ، ولزمت الوصية للحمل بالقبول تكون الملكية موقوفة حتى يولد حيا ، فإن ولد ميتاً كانت لورثة الموصى وإن ولد حياً كانت له ، سواء أكانت الوصية بأعيان أم بمنافع ، وإن كانت بالأعيان تكون الغلات تابعة للأعيان ، فتكون موقوفة على ولادته حيا ، فإن ولد حياً ملكها ، وإلا كانت للورثة أيضاً ، واستحقاقه للغة على أنها من تمام الموصى به ، لا على أنها وصية ، كما هو مذهب القانون .

الوصية لمن يحصون ومن لا يحصون^(١)

٧٧ م — تجوز الوصية لمن يحصون ، سواء أعرفوا بأشخاصهم أم عرفوا

(١) بينت المواد ٣٠ ، - ٣١ ، - ٣٢ ، ٣٣ ، ٣٤ أحكام الوصية لهؤلاء بالنسبة لبطانها في بعضهم وأحكام من لا يحصون ، وهذا نصها .

المادة ٣٠ — تصبح الوصية لمن لا يحصون ، ويختص بها المحتاجون منهم ، ويترك توزيعها بينهم لاجتهاد من له تنفيذ الوصية دون التقيد بالتعميم أو المساواة ، ومن له تنفيذ الوصية هو الوصى المختار ، فإن لم يوجد فهيئة التصرفات ، أو من تعينه لذلك .

المادة ٣١ — إذا كانت الوصية لقوم محصورين بلفظ يتناولهم ، ولم يعينوا بأسمائهم ، وكان بعضهم غير أهل للوصية وقت وفاة الموصى كان جميع ما أوصى به مستحقاً للآخرين مع مراعاة المواد ٢٦ ، ٢٧ ، ٢٨ ، ٢٩ .

المادة ٣٢ — إذا كانت الوصية مشتركة بين معينين وجماعة أو جهة ، أو بين جماعة وجهة ، أو بينهم جميعاً كان لكل معين ولكل فرد من أفراد الجماعة المحصورة ، ولكل جماعة غير محصورة سهم من الموصى به .

المادة ٣٣ — إذا كانت الوصية للمعينين عاد إلى تركه الموصى ما أوصى به لمن كان غير أهل للوصية حين الوفاة .

المادة ٣٤ — إذا بطلت الوصية لمعين أو لجماعة عاد إلى تركه الميت ما أوصى به لإلهم ، ويحاص الورثة به أبواب الوصايا الباقية إذا ضاق عنها محل الوصية .

بأوصافهم ، وتجاوز لمن لا يحصون ، ونريد أن نتكلم في أحكام الوصايا
للمحصورين وغير المحصورين لا من ناحية صحتها ، ولكن من حيث بيان من
يستحقها من غير المحصورين ، ومآل الوصية للمحصورين أو الجهات ، إذا كان
بعض من ذكروا ليس أهلاً للملكية بالوصية عند الوفاة ، وكيف يكون
الاستحقاق إذا تعددت الجهات .

وعلى ذلك نقول إن الموصى له من حيث الحصر والتعيين أقسام أربعة :
القسم الأول — موصى له غير محصور ، وهو من كان يزيد على مائة على
حسب المعمول به الآن في المحاكم الشرعية ، كأن يقول أوصيت للقبيل الفلاني ،
وهم غير محصورين ، وحكم الوصية في هذه الحال أنها جائزة ، سواء أكان لفظ
الوصية يدل على معنى الحاجة ، أم لا يدل ، وإذا صحت لا تصرف للمحتاجين
وغير المحتاجين ، بل تصرف إلى المحتاجين فقط ، وذلك لأن الوصية عمل معروف
والوصية لغير المحصورين يتعذر فيها ، أو يتعسر الصرف إليهم أجمعين ، فكان
لا بد أن يصرف لبعضهم ، ولا وجه لترجيح فريق منهم على فريق إلا بالأمر
الذي هو أقرب إلى معنى الوصية ، وهو القرابة والمعروف والبر والخير ، وذلك
إنما يكون بالصرف إلى المحتاجين فقط .

ولا يلزم أن يعم المحتاجين جميعاً ، ولا المساواة بينهم ، بل ذلك متروك
لاجتهاد من له حق تنفيذ الوصية ، وهو الوصى المختار من الموصى إذا كان عين
وصياً ، وخوله ذلك السلطان .

فإن لم يكن الموصى عين وصياً ينفذ وصاياه ، فذلك يكون من اختصاص
هيئة للتصرفات بالمحكمة الشرعية المختصة ، تنفذها بنفسها ، أو تعين من ينفذها (١)
ويسلك في التنفيذ سبيل المصلحة ، فيقدم شديد الحاجة على غيره ، وهكذا .

(١) هذا ما جاء بقانون الوصية ، وقد جاء بالقانون المدني الجديد أنه في حال إقامة
مصف للتركة يتولى ذلك المصفي تنفيذ الوصايا كما جاء في المادة — ٨٩٨ — فهل يعتبر الأمر
في هذه الحال ، كما إذا كان للتركة وصي مختار ولا يكون سلطان هيئة التصرفات ؟ الظاهر
ذلك ، وعلى هذا يكون سلطان الهيئة إن لم يكن وصي ولا مصف

القسم الثاني — المحصورون المعروفون بأوصافهم أو جنسهم ، كالمرضى من
بني فلان ، وكبني فلان ، ولم يعرفوا بأسمائهم ، ولم يعينوا بأشخاصهم ، فالموصى به
لهم أجمعين ، فإن لم تتم الوصية لبعضهم كمرته في حياة الموصى ، أو عدم قبوله ،
فإن الموصى به يكون كله للباقيين ما دام الاسم يطلق عليهم ، والوصف ثابتاً لهم
وذلك لأن التعريف لم يكن بالشخص ، حتى يسكون الموصى به مجزأ بينهم ،
ويكون كل واحد منهم له قدر ثابت من الموصى به ، وكأن له وصية مستقلة ، بل
الموصى به كله لكل من يطلق عليهم العنوان والوصف ، فليس لواحد منهم
قدر ثابت قائم بذاته ، فيسكون كل الاستحقاق لكل من هو أهل له ويطلق الاسم
عليه ، وإذا مات واحد منهم بعد استحقاقه للوصية ، ودخول ما أوصى به في ملكيته
تطبق الأحكام العامة للقانون في هذا ، فإن كانت الوصية بملكية تامة استحقها ،
انتقل نصيبه إلى ورثته لتعين نصيبه باستحقاقه لحصته من الأعيان الموصى بها ،
فانتقل إلى ورثته ، كما ينتقل كل ملك تام ، وإن كان الموصى به منفعة أو لم يكن قد
استحق منه إلا المنفعة ، فإن نصيب من يموت يكون لباقي من ينطبق عليه الوصف
والعنوان ، لأنه لم تثبت في المنافع حصص معينة ثابتة ، والمنافع لا تنتقل بالوراثة ،
إذ الملكية فيها ناقصة ، وإذا كان الموصى لهم بالمنافع طبقات لا يأخذ الاستحقاق
أكثر من طبقتين ، على ما هو مبين في القانون ، وكما سنشير إن شاء الله تعالى .

القسم الثالث — الموصى لهم المعينون بأسمائهم وأشخاصهم . فإن بطلت الوصية
بالنسبة لبعضهم عند وفاة الموصى ، بأن مات قبله أو رد فبطلت الوصية له ، فإن
نصيبه يكون للورثة ، لأن الوصية لهم مع تعيينهم بالأسماء ، كأنها عدة وصايا ،
ولكل منهم موصى به خاص ؛ وإن كان قدراً شائعاً مع غيره في الكل ، فإذا
بطلت الوصية في حقه كان بطلانها مطلقاً غير قابل للتصحيح . فتكون لورثة الموصى
ويقارب المعين في أحكامه وشروطه ما عدا شرط الوجود — الوصية للجهاث ،
فإذا بطلت الوصية لجهة ، عادت إلى الورثة .

القسم الرابع — أن يكون الموصى له مجموعاً مشتركاً من قسمين من الأقسام
السابقة أو منها كلها ، ولذلك صور .

الصورة الأولى — إذا أوصى لجماعة محصورة معرفة بالوصف والعنوان وجماعة معينين ، وجماعة غير محصورة ، وكان الموصى به شيئاً واحداً ، فاقسامه بينهم أن يجعل للجهة سهم واحد ، وللجماعة غير المحصورة سهم كذلك ، وللجماعة المحصورة سهم بعدد رؤوسهم ، وللمعينين كذلك سهم بعدد رؤوسهم ، فإذا أوصى بضعة قدرها خمسون فداناً — للجمعية الخيرية الإسلامية ، ولفقراء الحرمين الشريفين ، ولبنى أحمد ، وعددهم الدين انتهوا إليه ستة ، ولإبراهيم ، وعلى ، فإن الخمسين فداناً تقسم على عشرة ؛ لأنه يكون للجمعية الخيرية سهم ، ولفقراء الحرمين سهم ، ولأولاد أحمد ستة ، ولكل واحد من إبراهيم ، وعلى سهم ، فيكون المجموع عشرة ، يخص كل منهم خمسة أفدنة .

وذلك لأن المحصورين عرف عددهم ، وله نهاية لا يتجاوزها ، فإذا انتهى إلى هذا العدد ، كان اعتبار الروس ممكناً ، والمعينون معتبرون بأشخاصهم ، والجهات كل جهة كأنها رأس بذاته ، وغير المحصورين لا يعرفون إلا بعنوانهم ، فلا يمكن التوزيع على رؤوسهم ، فيجعل لهم سهم واحد .

وهذا هو الطريق الممكن للتقسيم مع عدم بيان أقدار معينة عند التوزيع ، فإن بين نصيب كل قسم اتبع ، وإن لم يبين اتبع ما بين آنفاً .

الصورة الثانية — أن يوصى لمعينين أو محصورين وجماعة ، فإنه في هذه الحال يكون للمعينين أو المحصورين سهم بعدد رؤوسهم ، وللجهة سهم واحد ، وتعليل ذلك قد تبين آنفاً .

الصورة الثالثة — أن يوصى لمحصورين ومعينين ، وتكون السهام بمقدار الروس في الفريقين .

الصورة الرابعة — أن يكون لمحصورين أو معينين . وغير محصورين ، ويفرض لغير المحصورين سهم ، وللباقين بعدد رؤوسهم .

الصورة الخامسة — أن يكون الموصى له جهة ، وجماعة غير محصورة فيكون لكل سهم واحد .

والخلاصة أنه يعتبر غير المحصورين مجتمعين موصى له واحداً ، والجهة كذلك

وأما المحصورون عند تعيين عددهم ، والمعينون فكل واحد منهم موصى له بالانفراد ، فعند القسمة يضرب كل موصى له بالانفراد على هذا الاعتبار بسهم .

ومن تبطل وصيته من هؤلاء الذين اعتبروا موصى لهم على سبيل التعيين ، يكون سهمه لورثة الموصى ، فإذا بطل سهم الجهة كان للورثة ، وإذا بطل سهم أحد المعينين كان للورثة ، وإذا بطل سهم أحد الجماعة المحصورة التي عرفت بالعنوان والوصف يكون للباقيين من جماعته على ما هو مبين في الوصية للمحصورين ، وإذا بطلت الوصية للجماعة نفسها ، بأن قال لبنى فلان ورفضوا جميعاً ، فإن ما كان لهم من سهام بعدد رؤوسهم يكون للورثة ، وإذا بطلت الوصية لجهة أو لشخص معين ، أو ل بعض المعينين وآل نصيبه للورثة ، فإنهم يملكونه بمقتضى خلافتهم عن الموصى ووراثتهم .

ويلاحظ أنه إن كان مجموع الوصايا أكثر من الثلث ، ولم يحز الورثة ، وقسم الثلث بين الموصى لهم بنسبة حصصهم ، استحق الورثة حصة من بطلت وصيته من الجهات ، والأشخاص المعينين ؛ وهذا معنى ما جاء في المادة ٣٤ من أن الورثة يحاصون أصحاب الوصايا بحصة من بطلت وصيته ، إن كان مجموع الوصايا أكثر من الثلث ؛ ولذا جاء في المذكرة التفسيرية خاصاً بهذه المادة ما نصه :

« هذه المادة جديدة ، والقول بعود نصيب من بطلت وصيته إلى ورثة الموصى يؤخذ من مذهب الشافعي ، والقول بالمخاصة مأخوذ من مذهب مالك ؛ فإذا أوصى لأخيه بربع تركته ، ولأولاد ابنه بالثلث ، وهم ثلاثة ، وللفقراء بثلث آخر ، فلم يحز الورثة الوصية بمآزاد على الثلث ، ورد الأخ الوصية أو مات قبل موت الموصى ؛ كان الثلث بين الوصايا بالمخاصة ، وحل ورثة الموصى محل الأخ في وصيته ، وحاصوا بها أرباب الوصايا الأخرى ؛ وردوا من الثلث نصفه ؛ وهو قدر حصتهم . »

وذلك لأن الثلث سيقسم على أربعة ، إذ نسبة الربع إلى الثمن كنسبة ٢ إلى ١ وهنا ثمان ؛ فتكون حصة الربع نصف الثلث .

٧٨ — هذه خلاصة أحكام القانون ، وتوضيح أقسامه في هذا الجزء ، ولنتجه إلى ذكر مصادره الفقهية ، وأنه في القسم الأول ، وهو الذي يكون الموصى

له فيه غير محصورين ، قد أخذ في الجملة برأى مالك رضى الله عنه في هذا ، وذلك لأنه يجيز الوصية لمن لا يحصى ، ولو لم يكن في اللفظ ما ينبيء عن الحاجة ، وإن الوصى ينفذها بقدر اجتهاده وما يراه المصلحة ، لأن التعميم غير ممكن ، فيطرح ، وتلغى معه المساواة في العطاء ، لأنه إذا لم يكن الاعطاء للجميع لازماً ، فالمساواة غير لازمة ، إذ لا مساواة في أصل الاعطاء ، فلا مساواة في مقدارها لمن يعطى فعلاً . ويقابل رأى المالكية هذا رأى الحنفية فانهم يرون أن الوصية لمن لا يحصون ^(١) تكون باطلة إلا إذا لوحظ معنى الحاجة ، وذلك لأن الوصية تمليك ، والذين لا يحصون مجهولون ، والتمليك لا يجوز من مجهول ، ولكن إذا كان في لفظ الوصية ما ينبيء عن الحاجة صححت الوصية من حيث إنها صدقة ، والصدقة تكون تمليكالوجه الله سبحانه وتعالى ، فلا يشترط فيها أن يكون هناك مملك من الناس معين أو محصور . والقانون أجاز الوصية لمن لا يحصون من غير اشتراط أن يكون في اللفظ ما ينبيء عن الاحتياج ، وهو في هذا القدر أخذ بمذهب مالك ، ولم يترك لتنفيذ الوصية ذلك الأمر مطلقاً ، بل قيده بأن يصرف للمحتاجين وأطلق له الحرية في اختيار أشخاص المحتاجين .

ونراه في الواقع أطلق حرية الموصى في الإنشاء إطلاق المذهب المالكي ، وقيد التنفيذ ، فجعله في نطاق المذهب الحنفي ، فكأن القانون جعل لفظ الوصية إن كان لغير المحصورين متضمناً بحكم القانون معنى القرية والبر ، وإن لم يصرح بهما ، لأنه لا معنى للوصية لمن لا يحصون ، إلا أن يقصد بها البر والمعروف والخير ، ولا يكون ذلك إلا بأن يصرف للمحتاجين عن ذكرهم .

ولقد ذكرت المذكرة التفسيرية أن حكم هذه المادة العام ؛ وهو إجازة الوصية لمن لا يحصون من غير نص ينبيء عن الحاجة من مذهب مالك ، وتعيين المصرف للمحتاجين

(١) قال الكاساني في البدائع : « اختلف في تفسير الاحصاء قال أبو يوسف إن كانوا لا يحصون إلا بكتاب أو حساب فهم لا يحصون ، وقال محمد إن كانوا مائة فهم لا يحصون ، وقيل أن كانوا بحيث لا يحصيهم محص حتى يولد منهم مولود ، ويموت منهم ميت ، فهم لا يحصون ، وقيل يفوض إلى رأى القاضى ، ج ٧ ص ٣٤٢ .

أخذ من القاعدة الشرعية العامة وهى التى تقرر أن لولى الأمر أن يعين جهة الصرف .
والحقيقة أنه لم يكن ثمة حاجة إلى الاعتماد على هذه القاعدة ، لأن فى مذهب
مالك نفسه ما يشير إلى هذا ، فى المدونة ما نصه : « رأيت إن قال ثلث مالى
لولد فلان ، وولد ذلك الرجل ذكور وإناث ؟ الذى سمعت من مالك أنه إذا
أوصى بحبس داره أو ثمرة حائطه على ولد رجل ، أو على ولد ، ولده أو على ابن فلان
قال ، فإنه يؤثر به أهل الحاجة منهم فى السكنى والغلة ، وأما الوصايا فإني لا أقوم
على حفظ قول فيها الساعة ، إلا أنى أراها بينهم بالسوية . » (١)

فمالك لم يحفظ له قول فى إثبات أهل الحاجة من الموصى لهم المعينين ، وأثر
عنه فى الوصية بالحبس لهم أنه يؤثر أهل الحاجة ، ولم يرد ابن القاسم أن يقيس
الوصية على الوقف ، ولو أننا قسنا ما باعدنا مذهب مالك ، وإن القياس يكون
محكما لو قسنا الوصية لمن لا يحصون على الواقف ؛ لأن الذى منع ابن القاسم من
القياس فيما يحصون أن الوصية تملك عند الوفاة فهى لمعروفين معلومين ، أما
الغلة فهى لمن يوجدون عند الغلة ، وقد يزيدون وينقصون ، فليسوا بمعلومين فصح
أن يختار منهم المحتاجون دون سواهم ، ولأن الذين يحصون يقسم بينهم عموما
بالسوية فى الوصية ؛ لأنهم معلومون ، أما من لا يحصون ، فلا يعطون جميعا ،
فيمكن أن يخرج قول مالك فيهم كالوصية بالوقف ، ولأن الوصية بالمنافع لمن
لا يحصون فى معنى الوقف تماما ، فإذا لم يكن لمالك قول فى الوصية فيهم ، وله قول
فى الوقف ، فيخرج حكم الوصية لمن لا يحصون على حكم قوله فى الواقف ، لأنه
عند تنفيذ الوصية كما هو عند إعطاء الغلة لا يعلم المستحقون .

ولذلك قال سحنون فى الوصية لمن لا يحصون : « إذا كانت الوصية لقوم مسمين
أو على قوم مجهولين لا يعرف عددهم ، أسكرتهم ، مثل قوله على بنى زهرة ، أو على
بنى تميم ، فإن هذه الوصية لم يرد بها قوما بأعيانهم ، لأن ذلك مما لا يحصى ولا يعرف
وإنما ذلك بمنزلة وصيته للمساكين ، فانما يكون لمن حضر القسمة . » (٢)

(١) المدونة الكبرى ج ١٥ ص ٧٢ . (٢) المصدر السابق :

وفي الحق إن ما أخذ به القانون يتفق كله مع روح المذهبين الحنفى والمالكي، لأن الحنفى يصرف إلى المحتاجين ، ويشترط أن ينبىء لفظ الوصية عن الاحتياج ، والقانون اعتبر كل وصية لمن لا يحصون نبيه بذاتها عن الصرف إلى المحتاج ؛ لأن ذلك هو البر المقصود ، ولا يتصور سواه ، أما اتفاقه كله مع المذهب المالكي فللنص على الجواز ، وقياس الوصية في الصرف للمحتاجين على الوقف .

٧٩ - وقبل أن نترك الكلام في الوصية لغير المحصورين ننبه إلى أمرين : أحدهما - أنه من المنصوص عليه في الفقه الحنفى أنه في الوصية لمن لا يحصون عند الصرف إلى المحتاجين يفضل اقارب الموصى إن تحقق فيهم ذلك الوصف ، لأنهم أولى ، ولأنها تكون صدقة وصلة رحم ، ولكنه إن صرف لغيرهم كان ذلك جائزاً سائغاً ، وإن كان غير الأولى .

وإنه إذا كان القانون لم يوجب الأولى ، وجب على هيئة التصرف أن تتبع الأولى عند تنفيذها هذا النوع من الوصايا .

الأمر الثاني - أن الوصية لمن لا يحصون إن كانت بالأموال ، لا بالمنافع فإنها توزع على المحتاجين ، وتكون الملكية التامة ثابتة بقبضهم ، وإذا لم تكن الوصية بنقود مرسلة أو نحوها بل بغيرها بيع الموصى به ، ووزع الثمن على المحتاجين ، وإن كانت الوصية بالمنافع ، فالمنصوص عليه في الفقه الحنفى أن الوصية تخرج تحريم الوقف ، وبذلك تكون العين وقفاً ، لأن من لا يحصون لا ينتهون انتهاء قريباً غالباً ، فلا ينتظر انقطاعهم ، وتكون الوصية بالمنافع في معنى حبس العين عليهم وذلك يتحقق على مذهب مالك أيضاً ، وهو يتفق مع روح القانون ولذلك لا مانع من أن نقول إن الوصية بالمنافع لمن لا يحصون تكون بعد الوفاة من قبيل الوقف ، وتسير عليها أحكام الأوقاف لجهات البر .

٨٠ - والأحكام الخاصة بالمحصرين المعروفين بالوصف من حيث إن الذين ثبتت بطلان الوصية بالنسبة لهم لا ينقص من الوصية بقدرهم مادام الاسم ينطبق على الباقيين ، والتعريف بالوصف في الوصية يثبت لهم - هذه الأحكام تنفق في جملتها

مع المذهبين الحنفى والمالكي ، لأن كلا المذهبين يقرر ذلك .
ولكن المذكرة الإيضاحية تذكر أنها أخذت ذلك من مذهب مالك رضى
الله عنه ، وكان نصها على مذهب مالك ، مع أن هذا القدر من الأحكام يتفق مع
مذهب أبى حنيفة ، وهو الأصل — لأن الوصية فيمن عرفوا بأوصافهم بشكل
عام اعتمد فيها على مذهب مالك باطراد تقريباً ، إذ الوصية لمن يكون غير موجود
وقت الوصية ولا وقت الوفاة ، ثم يوجد من بعد ذلك — جائزة ، وهى من مذهب
مالك ، وهى فى أكثر مانكون فى المعرفين بالأوصاف المحصورين ، وتفصيل ذلك
بالمواد ٢٦ ، ٢٧ ، ٢٩ معتمد فيه على ذلك المذهب ، فكان من المنطق أن ينص عليه
فى كل فروع الوصية للمحصورين ، وإن اتفقت هذه الفروع أو بعضها ، مع
مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه ، أو مذهب غيره .

٨١ — والأحكام الخاصة باجتماع الجهات والمعينين والمحصورين ، وغير
المحصورين مأخوذة من المذهب الحنفى ، أو على التحرير مأخوذة من قول أبى
حنيفة وأبى يوسف ، خلافاً لمحمد رضى الله عنه ، وذلك بالنسبة لغير المحصورين
فإن الجهة تعتبر واحداً باتفاق ، أما غير المحصورين فاعتبارهم كشخص واحد
موضع خلاف ، وأصل ذلك الخلاف أن الوصية للفقراء يجوز صرفها كلها لفقير
واحد أو لا يجوز ؟ قال محمد لا يجوز إلا أن يعطى اثنين منهم فصاعداً ، ولا يجوز
أن يعطى واحداً إلا النصف ، وقال الشيخان يجوز أن يعطى لفقير واحد .

وحجة محمد أن ذكر من لا يحصون يكون بصيغة الجمع ، وأقل الجمع الصحيح
ثلاثة ، بيد أنه قام الدليل من الشارع على اعتبار الاثنين فى العدد كالجمع ، فالبنتان
فى الميراث تأخذان الثلثين ، كالبنت ، والأختان الشقيقتان أو لأب تأخذان كذلك
الثلثين كالأخوات ، واثنان من الأخوة ينقلان نصيب الأم من الثلث إلى السدس
كالأخوة والأخوات ، وهكذا ، والوصية أخت الميراث ، فلما كان أقل الجمع فيه
اثنين ، كان أقل الجمع فيها كذلك .

ولأن معنى الجمع يدل على الاجتماع ، وأقل ما يتحقق به الاجتماع اثنان .

وحجة الشيخين أن هذا النوع من الوصايا وصية بالصدقة ، وهي التزام بالمال حقاً لله سبحانه وتعالى ، فكل ما يتحقق فيه هذا المعنى ، وهو الصرف لجانب الله يتحقق به مقصد الوصية ، ومعناها فيصرف له ، فذكر الفقراء ، أو نحو ذلك لبيان جنس المصروف ، لا لبيان شموله ، إذا الشمول متعذر ، فلم يبق إلا اعتبار الجنس ، وذلك يتحقق بالصرف إلى واحد .

ولقد ترتب على هذا الخلاف أن كان ثمة خلاف في حال اجتماع من لا يحصون مع غيرهم ، فإذا قال أوصيت بثلاث مالى لزيد ، وخالد ، وإبراهيم ، وللفقراء من أهل القاهرة فعلى قول الشيخين يقسم الثلث أرباعاً ، ربعه لزيد ، وربعه لخالد ، ولإبراهيم الربع الثالث ، وللفقراء ربع ، لأنهم فرضوا واحداً ، وعلى قول محمد يفرض للفقراء سهمان ، لأنهم كشخصين على الأقل ، فيقسم الثلث أخماساً ، خمسه للفقراء .

وبعد هذا البيان نرى واضحاً أن القانون اعتمد على رأى الشيخين . لأنه عند الاجتماع اعتبر غير المحصورين واحداً ، وضرب لهم بسهم واحد .

٨٢ — ولقد قرر القانون أنه عند اجتماع الوصايا ، إذا بطلت الوصية لأحد الموصى لهم يكون نصيبه للورثة ، فلو قال أوصيت بثلاث مالى لإبراهيم وعلى ، والجمعية الخيرية يكون لكل واحد ثلث الثلث فإذا رد إبراهيم الوصية أو مات قبل موت الموصى بطلت الوصية ، وضم إلى حق الورثة ثلث الثلث . وهذا الرأى مأخوذ من مذهب الشافعى .

أما مذهب أبى حنيفة فقد اختلفت فيه الروايات ، واختلف فيه الرأى ، ومن المتفق عليه فى كل كتب المذهب أنه ليس فى كل أحوال بطلان الوصية لموصى له يكون نصيبه للورثة ، بل فى بعض الأحوال دون بعضها ، واختلف الروايات والأقوال إنما هو فى الضوابط الجامعة لها ، وأحسن ضابط ما جاء فى الدار المختار من أن من تبطل وصيته إذا كان قد دخل فى الوصية ثم خرج منها ، كمن يوصى له ثم يرد . فإن نصيبه يذهب للورثة ، وإن كان البطلان يقتضى أنه لم يدخل فى الوصية أصلاً ،

كالوصية بالثلث لخل فلان ، ولعلی ، فولد حمل فلانه ميتا ؛ لأن شرط صحة الوصية للحمل ولادته حيا — فان الثلث كله يكون للموصى له الثاني ، والفروع المترتبة على هذا كثيرة ، وهو ضابط مقبول .

ولكن ما العبرة بوقت الدخول في الوصية أهو حال الإيجاب أم حال الوفاة . قد ذكر في التتار خانية أن الموصى له إن كان معينا بالتعيين أو الاسم كان وقت دخوله في الوصية هو وقت الإيجاب ، وإن كان معروفا بالوصف أو القبيل فالاعتبار في وقت دخوله بوقت الوفاة ^(١) .

هذه هي خلاصة الأقوال في المذهب الحنفي ، ونرى منها أنه في بعض الأحوال إذا بطلت الوصية لا يعود النصيب إلى الورثة ، وفي بعضها يعود ، ولكن القانون أخذ بقضية كلية عامة ، وهي عودة نصيب من تبطل وصيته إلى الورثة في كل الأحوال إذا كان الموصى له معينا ، فكان لا بد من مذهب يعتمد عليه في هذا التعميم ، وقد وجد في المذهب الشافعي متسعا لذلك ، فاعتمد .

٨٣ — وقد بينا فيما مضى أنه إذا كان الموصى لهم يحصون ومعهم جهة ، ومن لا يحصون ، كأن تكون الوصية على أولاد على ، والفقراء ومسجد من المساجد فإنه يجب تطبيق المواد ٢٦ ، ٢٧ ، ٢٨ ، ٢٩ مع المادة ٣٢ بالأقسام الوصية قسمة نهائية ما دام على قيد الحياة ، ويمكن أن يعقب أولادا ، بل تقسم الغلة إلى أن يحصل اليأس من أن يكون لعلی أولاد غير الموجودين ، فإن القسمة تهير نهائية . وعلى ذلك لو كانت الوصية بالصورة السابقة ، ولعلی عند الوفاة ثلاثة أولاد ، فإن الغلة تقسم على خمسة ؛ ثلاثة الأولاد ؛ وسهم للفقراء ، وسهم للمسجد ، فإذا أعقب على ولد اربعا قسمت غلة الثالث على ستة : للأولاد أربعة ، وللفقراء سهم ، والمسجد سهم ؛ فإذا جاء سائر الحكم على ذلك المتوال حتى يحصل اليأس من أن يعقب على ، فتقسم الوصية على حسب العدد ، وفي هذه الحال تكون قسمة أعيان لا قسمة غلة ، ويكون لكل ولد من الأولاد سهم مهما يكن عددهم .

(١) راجع هذا في شرح الدر المختار ، ورد المختار هـ

وقد بينت ذلك المذكرة التفسيرية ، فقد جاء في التعليق على المادة ٣٢ ما نصه :
« هذه المادة جديدة وضعت لبيان نصيب الموصى به لكل معين أو جماعة
محصورة أو غير محصورة ، أو جهة ، والحكم في هذا وفق مذهب الحنفية .
١ - فلو أوصى لمعين مع قوم محصورين كالوصية لعبد الله وأولاد بكر كانت
الوصية على عدد الرؤوس .

٢ - ولو أوصى لمعين وقوم غير محصورين ، أو جهة من جهات البر كان
للمعين سهم ، ولغير المحصورين سهم ، ولجهة البر سهم وإن كان المعين متعددًا كان
لكل واحد سهم ، فلو أوصى لزيد وعمر وعبد الله وفقراء مدينة الاسكندرية
وملجأ العجزة كانت الوصية أخماساً ، لكل واحد من المعينين سهم ، وللفقراء سهم ،
وللملجأ سهم .

٣ - ولو أوصى لجهة من جهات البر وقوم غير محصورين كان للجهة نصف
الوصية ، والنصف الثاني لغير المحصورين .

٤ - ولو كان الموجود حين موت الموصى بعض من يحصون ، ويحتمل وجود
غيره اتبع في ذلك ما نص عليه في المواد ٢٦ ، ٢٧ ، ٢٨ ، ٢٩ ، كما إذا أوصى لزيد ،
وولد عبد الله ، ومستشفى ، فكان الموجود عند وفاة الموصى زيدا ، وثلاثة من
أولاد عبد الله ، فإن الغلة تقسيم على خمسة ، لزيد سهم ، ولكل واحد من أولاد
عبد الله سهم ، والمستشفى سهم ، وكل من يوجد بعد ذلك من ولد عبد الله يشترك
مع من يكون موجوداً . وسبق أن ذكرنا أن هذا الحكم مأخوذ من مذهب
المالكية .

الموصى به

١ - شروطه وأحواله

٨٣ م - تعرض القانون لشرط الموصى به وأحواله ، وأحكام كل حال في مواضع مختلفة ولسنا نريد أن نسلك في بيانه ترتيبه ، بل نجمع أحكامه وشروطه في موضع واحد ، كما فعلنا في الموصى له ، لأنها متصلة اتصالاً منطقياً ، ولا يصح قطع هذا الوصل الفكري بتوزيع بحثه في مواضع مختلفة من القول .
ولقد تكلم القانون في مواضعه المختلفة في شروط الموصى به ، وبيانه ، وما يصلح أن يكون موصى به ، وما لا يصلح ، وأنواعه ، ومقداره المحدود الذي لا يحتاج إلى إجازة الورثة ولنبتدى ببيان شروطه^(١) .

لقد اشترط القانون لصحة الوصية في الموصى به ثلاثة شروط :

- (١) أن يكون مما يجرى فيه الإرث أو يصلح محلاً للتعاقد في حال الحياة .
 - (٢) وأن يكون متقوماً إذا كان مالا . (٣) وأن يكون موجوداً عند الوصية في ملك الموصى ، إن كان معيناً بالتعيين ، ولنفصل ذلك الإجمال .
- الشرط الأول - أن يكون الموصى به مما يجرى فيه الإرث ، أى مما يصلح أن يكون تركه ، أو يكون مما يجرى فيه التعاقد حال حياة الموصى ، ولو لم يكن مما ينقل بالميراث ؛ كالمنافع عند الحنفية ، فإنها يصح أن تكون موصى به ، ولكنها لا تورث ، لأن ملك المنفعة ينتهى بموت المنتفع عند الحنفية ، ولذلك تنفسخ الإجازة بموت أحد العاقلين عندهم لأن المستأجر لم يملك المنفعة إلا ملكاً مستمداً من ملك المؤجر ، فإذا مات انتهت ملكيته ، فسقطت ملكيته من يستمد منه ، والمستأجر إذا مات لا تنتقل ملكية المنافع إلى ورثته ، لأنها لا تورث كما بينا ، ولذا تبطل كل العقود على المنفعة بموت أحد العاقلين عند الحنفية كما نوهنا .

(١) تعرضت المادة العاشرة لبيان شروطه ، فقالت : « يشترط في الموصى به : (١) أن يكون مما يجرى فيه الإرث ، أو يصح أن يكون محلاً للتعاقد حال حياة الموصى (٢) وأن يكون متقوماً إذا كان مالا ، (٣) وأن يكون موجوداً عند الوصية في ملك الموصى إن كان معيناً بالذات .

وعلى ذلك نقول أن الموصى به ، من حيث صلاحيته لأن يكون ميراثاً قسماً : قسم يصلح لأن ينتقل بالميراث أو يصح أن يكون تركه ، كالأموال والحقوق التي تتعلق بأعيان الأموال ، كحقوق الارتفاق ونحوها ، وقسم لا يكون من الحقوق التي تورث . ولكن تصح الوصية به ؛ لأنه يصح التعاقد عليه حال الحياة ، فيصح أن يوصى به بعد الوفاة ، لأن الوصية تصرف يلاحظ فيه التوسيع على الموصى ، لتسهيل عليه أبواب البر والمعروف ، ، إذ هو غالب أحواله لا يقصد به نفعاً شخصياً له ، وإذا كان الملاحظ فيه التوسعة على المتصرف ، فلا يصح أن يمنعه من التصرف بأمر كان يصلح للتعاقد عليه حال الحياة .

وعلى هذا يصح أن نقول كل ما يصلح أن يكون تركه يصلح أن يكون موصى به ، ولا عكس ، أى ليس كل ما يصلح أن يكون موصى به يصلح أن يكون تركه ، وهذا عند الحنفية .

٨٤ — ولكن ما الذى يصلح أن يكون تركه .

لم يبين القانون معنى التركة ، ولكن ذكرت المذكرة الإيضاحية أنها أخذت هذا الشرط من مذهب الحنفية ، فحق علينا أن نعرف معنى التركة فى ذلك المذهب المتسع الأفق ، ثم نذكر ما نختاره تفسيراً للقانون .

والتركة فى ذلك المذهب هى الأموال والحقوق العينية المتعلقة بالأموال ، وبعبارة أدق هى المال ، أو كل حق يمكن أن يعوض عنه بمال ، ولذلك تشمل التركة ثلاثه أنواع :

النوع الأول — الأموال بكل أنواعها من عقارات ومنقولات ، وقيميات ومثليات ، على اختلاف أنواع الانتفاع بها من عروض ، وحيوان ، وملابس ، ودور ، سواء أكانت تلك الأموال تحت يد المالك ، أو تحت يد نائبه عن يده ، كيد المستأجر والمستعير ، أم ليست تحت يده كالأموال المقتضية .

النوع الثانى — الأموال التي لم تدخل فى حيازته ، ولكن له حق مقدر معلوم فيها ، وإن لم يعين بذاته ، كحصته من الغنائم قبل قسمتها ، ونصيبه من غلات

الوقف التي استحقها في حياته ، ولم ينسلبها ، والدين الذي له في ذمة غيره .
وهذا القسم قريب من القسم الأول ، ولكن يفرقه عنه أن الأول محوز
في يده ، أو خرج من يده بيد معتدية ، أما هذا فإن الحق المالى الثابت ليس محوزاً
في يده ، بل هو حصة شائعة ، لا تتقرر ملكيتها إلا بالقسمة في بعضها ، أو ليس
لها وجود عيني كما في الديون .

ويصح أن ندخله في القسم الأول ، ولكن نعممه ، بأن نقول فيه : إنه
الأموال المعينة ، والشائعة ، والحقوق المالية الثابتة في ذمة الغير ، فإن هذا كله
يشمله كلمة مال ، أو حق مالى .

القسم الثالث — الحقوق العينية التي ليست في ذاتها أموالاً ، ولكن تقوم
بمال أو تزيد في قيمة العين ، كحق الشرب ، وحق المرور ، وحق المسيل .
والشرب هو النصيب من الماء لسقى الزرع والشجر ، وحق المرور هو أن
يكون للشخص الحق في الوصول إلى عقاره ، وحق المسيل هو حق مرور المياه
غير الصالحة أو الزائدة عن الحاجة .

وقد نص فقهاء المذهب الحنفى على إرث هذه الحقوق ، فقد جاء في شرح
الكنز للملايين ما نصه : « ويورث الشرب ، ويوصى بالاستفاعة بعينه ، ولا يباع ،
ولا يوهب وعلل الإرث الكسانى في البدائع بأن « الإرث لا يقف على الملك
لا محالة ، يثبت في حق الملك ، كما يثبت في الملك ، نكاح العيب ،

وينص الكسانى على جواز الوصية به بقوله : « يوصى بالشرب ، حتى لو أوصى
لرجل بأن يسقى أرضه مدة معلومة من شره جازت الوصية من الثلث ، لأن
الوصية تملك بعد الموت ، ، ألا ترى أن الموصى له لا يملك الموصى به في الحال ،
ولما يملك بعد الموت ، فأشبه الميراث ، وإذا احتمل الإرث احتمل الوصية التي
هي أخت الميراث ، وإذا مات الموصى له تبطل الوصية ، حتى لا تصير ميراثاً لورثة
الموصى له ، لأن الشرب ليس بعين مال ، بل حق مالى ، وشبه الخدمة ، ثم الوصية
بالخدمة تبطل بموت الموصى له ، ولا تصير ميراثاً ، فكذلك الوصية بالشرب »

ولو أوصى أن يتصدق بالشرب على المساكين لم يصح ؛ لأنه لم يحتمل التملك بالتصدق ، استوى فيه الحال والإضافة إلى ما بعد الموت .

ومن هذا الكلام يتبين أن الوصية بحقوق الارتفاق جائزة عند الحنفية ؛ لأنها يجرى فيها الارث ، فتجرى فيها الوصية ؛ إذ الوصية أخت الميراث ، ولكن الوصية بحقوق الارتفاق من قبيل الوصية بالمنفعة عند الكاساني ، ولذلك تنتهى الوصية بموت الموصى له ، كما تنتهى الوصية بالمنفعة لشخص بموته .

٨٥ — ولكن القانون مع أن ظاهره يشير ، ومذكرته تصرح بأن معنى ما يجرى فيه الارث يعتمد فيه على مذهب أبى حنيفة جاء بأحكام أخرى تجعلنا نفهم أنه يضيف إلى ما جاء فى مذهب أبى حنيفة مما يجرى فيه الارث أموراً استحسناها فى مذهب مالك والشافعى رضى الله عنهما ، فجعل الوصية فيها جائزة ، ولذلك نص على جواز الوصية بكل الحقوق التى تنتقل بالارث ، وبحق الخلو ، وبحق المنفعة الذى يملكه المستأجر ^(١) . أى أنه إذا كان شخص قد استأجر أرضاً زراعية لمدة ثلاث سنوات مثلاً ، ومضى منها سنة ، ثم اشرف على الموت يجوز أن يوصى بالسنتين الباقيتين لغيره ، وهذا يسير على مقتضى مذهب الشافعى ، فإن المنافع تورث عنه ، بينما الحنفية يقولون إن المنافع لا تورث ، بل تنتهى ملكيتها بوفاة أحد العاقلين على ما بينا .

ولقد عمم القانون فى الحقوق التى تنتقل بالميراث ، وجوز الوصية بها ، وذكرها بتعريف شامل ، وهى الحقوق التى تنتقل بالارث ، فشملت حقوق الارتفاق وغيرها .

ولكن هل تنقيد فى تفسيرها بالمذهب الحنفى ، كما جاء فى الفقرة الأولى من المادة العاشرة ، التى قالت المذكرة التفسيرية فى بيانها إنها جميعها مأخوذة من ذلك المذهب وقد فسرنا معنى ما يجرى فيه الارث بمعنى التركة فى المذهب الحنفى ؟

(١) هذا ما أشتملت عليه المادة ١١ ونصها : « تصح الوصية بالخلو ، وبالحقوق التى تنتقل بالارث ، ومنها حق المنفعة بالعين المستأجرة بعد وفاة المستأجر ،

الظاهر من سياق ألفاظ القانون والمذكرة ذلك ، فنفسر الحقوق التي يجري فيها الارث بالتفسير الحنفى ، ونضيف إليه ما نص القانون على إضافته وهو الخلو ، والمنفعة التي يملكها المستأجر . وإن فسرنا ذلك التفسير كان القانون في أحكامه ، متفقاً مع ما جاء في المذكرة التفسيرية في بيان المادة العاشرة مبيناً لمصدرها الفقهي .

ولكن المذكرة التفسيرية جاءت ، وذكرت أن حق التعلّي تجوز الوصية به (المادة ١١) وأن ذلك مأخوذ من مذهب مالك ، وأنه ليس في المادة الحادية عشرة نص على حق التعلّي ، بل المذكرة هي التي فسرت الحقوق التي تنتقل بالارث بتفسير عام يشملها ثم ذكرت أنه مذهب مالك ، فهي غير متناسقة بعضها مع بعض . ويجب أن نقول في تفسير التركة ، إن معنى التركة ، وما يورث من الحقوق يترك تفسيره للقانون المدني الذي يقرر الحقوق المالية ومداها ، وكونها تورث أولاً تورث ، ويكون تفسير كلمة ما يجري فيه الارث التي جاء بالمادة العاشرة ، وكلمة الحقوق التي تنتقل بالارث التي جاءت بالمادة الحادية عشرة تسير على ما تقضى به أحكام القانون المدني للأموال والحقوق ، وكونها تورث أولاً تورث . وإن ذلك التفسير يؤدي إلى أمرين : — أحدهما التناقض القانوني في أحكام الأموال ، فإن حكم انتقالها بالميراث يؤخذ من القانون الذي يقرر الحقوق ويثبتها ، وحكم النقل وطريقه ، وتوزيعها بين المستحقين يكون من الشريعة التي ترك لها أمر توزيع التركة بالميراث والوصية معاً .

الأمر الثاني — أن القانون يكون فيه مرونة ، إذ يتسع لكل ما يثبت القانون المدني في المقابل من حقوق تورث أولاً تورث ، فتصح الوصية بها إن كانت تورث ، ولا تصح الوصية فيها إن منع ميراثها .

وعلى ذلك يكون حق التعلّي بما تصح الوصية به ما دام القانون المدني يسوغ توريثه ، ويكون موافقاً للمذهب المالكي ، كما جاء في المذكرة التفسيرية ، وإن ذلك التفسير هو ما نميل إليه ، ونختاره .

٨٦ — هذا هو الشرط الأول من شروط الموصى به ، وقبل أن أتترك الكلام فيه نذكر أمرين لا بد من بيانهما :

(أولهما) أن تصح الوصية بحقوق الارتفاق غير تابعة للعقار ما دامت للمالك أرض ينتفع بها ، ولقد جاء في المذكرة التفسيرية بيان لذلك ، فقد قالت : « وجواز الوصية بحق الشرب والمجرى والمسيل يؤخذ من مذهب الحنفية ، ولكن لا تجوز الوصية بهذه الحقوق إلا تبعاً للأرض الموصى بها ، أو للمالك أرض تنتفع بها . ومن هذا الكلام يستفاد أن الوصية بحقوق العقار تكون تابعة للوصية بالعقار نفسه ، أو وصية لصاحب عقار آخر يمكنه أن ينتفع بذلك الارتفاق . والصورة الأولى لا تعتبر وصية بالارتفاق ، بل تعتبر وصية بالعقار ، ولكن يدخل الارتفاق بالتبع ، كما يدخل البناء ، وكل ما يتصل بالأرض اتصال قرار أو من غير قرار ، عند وقفها ، أو للوصية بها من غير نص عليها أو بنص .

وإنما الذي يفرد بالذكر هو الوصية بالارتفاق نفسه منفرداً عن العقار التابع له ، وفي هذه الحال تكون الوصية بانتفاع لصاحب العقار الذي ينتفع به ، وهل يكون له ذلك الارتفاق ما دام حياً ، ولا يكون تابعاً لعقاره ، كسائر الوصية بالمنافع ؟ لقد صرح بذلك في البدائع فيما نقلنا لك ، وعلى هذا التخرج لا يعد في نظري ما يملكه الموصى له من الانتفاع بحق الشرب أو المسيل مثلاً بهذه الوصية من قبيل الارتفاق ، بل من قبيل ملك المنفعة الخالص ، لأن ما يملكه ليس حقاً مقررأ لعقاره على العقار الآخر ، بحيث ينتقل مع العقار ، إذا باعه ، أو وهبه ، أو نحو ذلك ، بل هو حق شخصي له ينتهي بموته ، ولا ينتقل إلى غيره .

هذا تخرج القول على ما قاله الكاساني ، ولعله ، مبنى على ما قرره بعض الفقهاء . بناء على بعض روايات المذهب ، من أنه لا يجوز التصرف في حقوق الارتفاق منفردة عن العقار ، وإنما جازت الوصية بالانتفاع بها ، على أنه من قبيل تملك المنفعة ولكن وجدنا فقهاء بلخ أجازوا بيع حقوق الارتفاق منفردة ، لأنهم تعارفوا ، والعرف يحجز مخالفة القواعد الفقهية ، ولهذا الرأي معتمد من أصل المذهب ، فهناك رواية تجيز ذلك البيع .

فعلى هذه الرواية ، وعلى هذا الرأى تجوز الوصية بالارتفاق ، بوصف كونه ارتفاقا لصاحب أرض تنتفع منه ، فإنه يكون بهذه الوصية ارتفاقا لها ، وينتقل معها على أنه حق من حقوقها ، ويكون الشأن فيها كالشأن فى بيعها ، تصير به حقا للعقار الذى يملكه من اشترى ذلك الحق .

(الأمر الثانى) أن القانون يصرح بصحة الوصية بالخلو ، والمذكرة التفسيرية تذكر أنه من الحكر ، أما الحكر ، فنحن نرى فيه أنه ليس حقا عينيا على العقار الموقوف ، بل هو حق الأولوية بالاجارة ، وعلى ذلك لا تصح الوصية به على هذا الاعتبار ، وإنما تصح الوصية بالبناء والغراس ، فينتقلان إلى الموصى له ، ويثبت له بملكيتها حق الأولوية فى الاجارة ، لأن ملكيتهما أثبتت ذلك لصاحبهما الأول ، فيثبت ذلك الحق لمن آلت إليه ملكيتهما .

والخلو قد اعتمد فيه القانون على المذهب المالكى ، فهو الذى ذكر بعض المتأخرين فيه أحكامه .

والخلو معناه فى ذلك المذهب أن يكون الوقف محتاجا لعمارة أو نحوها ، فيتقدم شخص بالمال يبذله ، ويصرف على جهة الوقف فى المصارف الضرورية لبقائه وعمارته على أن يكون له حق البقاء دائما .

وقد ذكر ناصر الدين اللقانى وهو من علماء التخرىج فى المذهب المالكى الخلو ، وأفتى بصحته بناء على العرف وأنى له بصور ثلاث :

الصورة الأولى — أن يحتاج الوقف إلى عمارة ، ولا مال يعمر به ، فيتقدم من يقوم بعمارته ، ويتقدم للناظر ما يعمره به ، فيكون بهذا المال الذى قدمه صاحب خلو ، وله بهذا حق ثابت ، سواء أكانت هذه العمارة منشأة بعد أن لم تكن ، أم إصلاحا لمخرب ، أم كانت إقامة بناء مقام المتهدم ، أم كانت تكميلا لعين ناقصة ، وحقة الثابت فى بقاءه فيها بأجرة تسمى عندهم حكرا ، ويكون له بهذه العمارة حق فى أجرة العين الموقوفة يكافى ما أنفق ، وذلك إن تركها وأجرها غيره .

الصورة الثانية — أن تكون جهة الوقف محتاجة إلى المال ، كأن يكون

العقار موقوفاً على مسجد ، واحتاج المسجد إلى مصاييح ، أو أجرة لإقامة الشعائر فيه أو إقامة بنائه ، فتقدم من يقوم بذلك على أن يكون له الأولوية في إجارة العين الموقوفة عليه ، ولا يتجاوز ذلك ، والفرق بينها وبين الصورة السابقة أن المال الذي أنفق في الأولى كان في العين الذي تعلق بها الحق ، فزاد في غلاتها ، أو أوجد لها غلات لم تكن ، فكان له حق مالي متعلق بها ، وله حصّة في أجرتها بذلك الاعتبار ، أما هذه فالإصلاح كان في غير العين المستأجرة ، وهي المسجد ، فلم يكن له في العين المستأجرة جزء يعتبر ملكاً له ، ولذا لم يثبت له إلا حق الأولوية في الإجارة .

الصورة الثالثة — أن يدفع شخص مالا للواقف ، على أن يكون له حق الاختصاص بمنفعة العقار الموقوف ، بحيث لا يكون لغيره حق الانتفاع إلا عن طريقه ، ويدفع صاحب الخلو أجرة معينة ، ويفهم من أقوال الفقهاء أن هذه الصورة لا تكون إلا مع الواقف قبل إنشاء الواقف ، فقد قالوا في تصويرها إن الواقف إذا أراد أن يبنى محلاً للوقف ، حانواً أو نحوه ، يأتي له أناس يدفعون له نقوداً ، على أن يكون لكل شخص مكان من تلك المحال التي يريد الواقف بناءها ، فإذا قبل منهم تلك النقود كانوا أولى بإيجارتها ، وصار لهم حق الخلو فيها ، وقالوا في توجيه ذلك ؛ إنه يكون كأنه باعهم بعض تلك الحصّة بما دفعوه له ، وكأنه لم يقف جزءاً من تلك الحصّة التي اخضع بها المستأجر بما دفعه من النقود أولاً .

ولقد روى في كتب التاريخ والفقهاء أن السلطان الغوري ، لما أراد بناء حوانيت في بعض الأوقاف التي أزمع إنشاءها ، أجرها للتجار بالخلو ، وجعل لكل حانوت قدراً أخذه منهم ، وبنى الحوانيت بتلك المقادير ، ودونها في كتاب الوقف ، فصار هؤلاء المستأجرون أحق بالإجارة من غيرهم .

٨٧ — هذا بيان الشرط الأول ولننتقل بعد ذلك إلى الشرط الثاني ، وهو خاص بالموصي به إذا كان مالا ، وليس منفعة ولا حقاً مالياً ، وذلك الشرط هو أن يكون

متقوماً في نظر الموصى ، ولو لم يكن متقوماً في نظر الإسلام ، فللمسيحي أن يوصى
أو الخنزير ، لأنهما مال متقوم في نظره ، وإن لم يكونا متقومين في نظر الإسلام .
وليس ذلك شرطاً في صحة الوصية فقط ، بل هو شرط في صحة كل العقود
المالية ، لأن تسمية الخنزير والخنزير ونحوهما مما ليس متقوماً من الأموال تسمية
باطلة عند المسلمين .

هذه خلاصة الكلام في الشرط الثاني ، ولنتقل بعد ذلك إلى الشرط الثالث
وهو وجود الموصى به وملكيته للموصى .

٢ - ملكية الموصى به للموصى ووجوده

٨٨ - وجود الموصى به المعين عند وجود الوصية شرط بالاتفاق ، وقد
نص القانون على ذلك ، وهو مطابق للمذهب الحنفي وغيره ؛ لأن العبارة لا تستقيم
في الوصية بمعين بالذات إلا إذا كان موجوداً .
وهذا نص ما جاء في ابن عابدين : « الموصى به إن كان معيناً ، أو غير معين ،
وهو شائع في بعض المال يشترط وجوده عند الوصية ، وإن كان شائعاً في كله
يشترط وجوده عند الموت » (١) .

إنما هل تشترط ملكية الموصى به المعين وقت الوصية ؟ قال القانون يشترط
أن يكون مملوكاً له وقت الوصية ، وأشارت المذكرة التفسيرية في ذلك المقام
إلى مذهب مالك رضى الله عنه ، وتعليله واضح ؛ لأن الوصية تصرف ، ولا يسوغ
للإنسان أن يتصرف في ملك غيره ، على أنه مالكة ، وإن تصرف فيه على هذا
الأساس كان تصرفه باطلاً .

والحنفية أيضاً يقررون هذا ، فقد جاء في حاشية أبي السعود على مثلاً
مسكين ما نصه :

« الوصية بملك الغير لا تصح ، حتى لو ملكه ثم مات لا تصح وصيته » (٢) .

(١) ابن عابدين الجزء الخامس ص ٦٣٨ طبع استانبول .

(٢) حاشية أبي السعود ج ٣ ص ٣٥٨ .

وجاء في مثلاً مسكين وغيره أنه إن أجاز الغير الوصية بعد الوفاة يكون ذلك هبة منه ، ولا تتم إلا بالقبض ، ويجوز له الرجوع فيها ، وإن لم يجوز الغير لا يصح التصرف لا على أنه وصية ، ولا على أنه هبة من المالك ، (١) .

وعلى ذلك لم يكن ثمة حاجة إلى الإشارة إلى مذهب مالك والأخذ منه ، ما دام ذلك منصوباً عليه في الحنفى ،

وإذا كان الموصى به جزءاً شائعاً في مال معين ، فإن وجوده في ملك الموصى شرط عند وجود الوصية ؛ ليتجه القول إليه ، لأنه معين من حيث كله وما دام متعلقاً بمعين ، فالشرط وجوده على النحو السابق .

٨٩ - وإن كان الموصى به غير معين ، ولم يكن جزءاً في شيء معين ولا نوع معين ، بل كان جزءاً شائعاً في المال كله ، فالشرط وجوده عند الوفاة ، فإذا لم يكن مال عند الوفاة ، بطلت الوصية .

ولكن هناك مسألة قرروا فيها أن الوصية تصح مع أن الموصى به لا يكون موجوداً وقت الوصية ، ولا وقت الوفاة ، وذلك إذا ما أوصى بغلة بستانه ، فإذا مات ، وليس في بستانه غلة تصح الوصية ، وتكون له الغلات المستقبلية ما دام حياً ، وإذا كانت هناك غلة قائمة وقت الوفاة كانت الوصية في الغلة القائمة ، وفي الغلات المستقبلية ما دام حياً ، وذلك لأن الوصية بالغلة من قبيل الوصية بالمنافع ، والمنافع تجوز الوصية بها مع أنها تجيء وقتاً بعد آخر في المستقبل بعد وفاة الموصى ، ولأن الغلة اسم للوجودين وقت الوفاة ، وما سيوجد بعد ذلك :

وإن قال أوصيت بثمره بستانى أبداً ، فذلك مثل الوصية بالغلة ، وهى من قبيل الوصية بالمنافع ، وتكون للموصى له ما دام حياً ، وتشمل القائم وقت الوفاة ، وما سيوجد بعدها ، أما إذا لم يقرنها بما يدل على التأييد ، فإن كانت هناك ثمرة وقت موت الموصى انصرفت الوصية إليها فقط ، وإن لم توجد بطلت الوصية ، لأن الثمرة اسم لما يكون موجوداً على رموس الشجر ، وهى غير معينة عند الوصية فتصرف إلى ما يكون وقت الوفاة ، وإن اقترنت الكلمة بما يدل على التأييد كانت

(١) مثلاً مسكين ، والمبسوط والبدائع .

الوصية من قبيل الوصية بمنافع البستان ، فثبت له مدى حياته ^(١) .
هذا مذهب الحنفية في التفرقة بين الوصية بالثمرة والوصية بالغلة ، ولكن
المذهب الشافعي لا يفرق بينهما ، فيجعلهما بمعنى واحد ، ويجعلهما من قبيل الوصية
بالمنافع ، ويكون للموصي الثمرة القائمة ، والغلة القائمة ، وما يستجد منها .

وبذلك جاء القانون ، فقد نص على أنه في الوصية بالثمرة أو الغلة يكون
للموصي له الغلة القائمة أو الثمرة القائمة ، وقت موت الموصي ، وما يكون منها
في المستقبل ما لم تدل قربة على غيرها ، بأن تدل القرينة على أن المراد الغلة القائمة
المعينة وقت الوفاة فقط ، فانه تنصرف الوصية إليه ، فان لم تكن غلة وقت الوفاة
بطلت الوصية ^(٢) . أو ما يحقق إرادة الموصي إن أثبت القرائن إرادة له .

٩٠ م - ووجود الموصي به المعين في ملكية الموصي يجب أن يستمر من
وقت صدورها إلى وقت قبولها ، وذلك لأن الوصية عقد غير لازم ، فما يكون
شرطا لانثائه يكون شرطا لبقائه ، حتى يتقرر ويلزم بالقبول بعد الوفاة ^(٣) ،

(١) شرح تبين الحقائق ج ٦ ص ٢٠٣ . (٢) هذا الحكم هو ما اشتملت عليه المادة ٥٥ ونصها :
« إذا كانت الوصية بالغلة أو الثمرة ، فللموصي له الغلة ، أو الثمرة القائمة وقت موت
الموصي ، وما يستجد منها مستقبلا ما لم تدل قرينة على خلاف ذلك ، .
(٣) تصدت لبيان بطلان الوصية إذا هلك الموصي به المعين أو استحق المواد ١٥٥ ، ١٥٧ ،
١٥٨ ، ١٥٩ ونصها : المادة ١٥٥ - تبطل الوصية إذا كان الموصي به معيناً ، وهلك قبل قبول الموصي له .
المادة ١٥٧ - إذا كانت الوصية بعين من التركة ، أو بنوع من أنواعها ، فهلك الموصي
به ، أو استحق فلا شيء للموصي له ، وإن هلك بعضه أو استحق أخذ الموصي له ما بقي
منه إن كان يخرج من الثلث ، وإلا كان له فية بقدر الثلث .

المادة ١٥٨ - إذا كانت الوصية بحصة شائعة في معين فهلك أو استحق فلا شيء للموصي له .
وإذا هلك البعض أو استحق أخذ الموصي له جميع وصيته من الباقي إن وسعها ، وكانت تخرج
من ثلث المال ، وإلا أخذ الباقي جميعه إن كان يخرج من الثلث . أو أخذ منه بقدر ما يخرج من الثلث .
المادة ١٥٩ - إذا كانت الوصية بحصة شائعة في نوع من أموال الموصي ، فهلك
أو استحق فليس له إلا حصته في الباقي إن خرجت من ثلث المال ، وإلا أخذ منه بقدر الثلث .
وتكون الوصية بعدد شائع في نوع من الأموال كالوصية بحصة شائعة فيه .

ولذلك إذا هلك قبل القبول بطلت الوصية ، وكذلك إذا استحق ، أو هلك بعضه أو استحق بعضه ، بطلت الوصية في الجزء الهالك أو المستحق ؛ ولنتبين ذلك بعض البيان فنقول :

إن الموصى به المعين قد تعلقت الوصية بذاته وشخصه ، فلا يمكن أن توجه إلى غيره ، فإدام موجوداً فهي قائمة ، إلا إذا زالت بسبب آخر وإن هلك أو استهلك زالت الوصية لذهاب محلها ، وإن بقاءه في ملكية الموصى أيضاً شرط لتبقى الوصية ثابتة ، ولذلك لو خرج من ملكيته بطلت الوصية ، ولو عادت ثانية الملكية لم تعد الوصية ، لأنها بطلت بالخروج ، والباطل لا ينتقل صحيحاً . كالميت لا يعود حياً . وإن بطلان الوصية لذلك أُنِي من ناحيتين :

إحداهما . أن التصرف في المعين تصرفاً يخرج عنه ما كان يعد رجوعاً في الوصية ، على ما سنبين في الرجوع ، والرجوع في الوصية يبطلها .
والناحية الثانية : أن استمرار الملكية شرط ، كما أن الوجود شرط إلى وقت القبول ، فإذا خرجت عن ملكه وقتاً ، فقد بطلت الوصية ، لأن ما هو شرط للإنشاء شرط للبقاء فيها ، ككل العقود غير اللازمة .

والاستحقاق للمعين يبطل الوصية فيه ، ومعنى الاستحقاق أن يتبين أن الموصى لم يكن مالكا للموصى به وقت الوصية ، فإذا استحققت العين الموصى بها ، فقد تبين أن الموصى لم يكن مالكا لها وقت الوصية ، وأن ملكية الموصى للموصى به العين وقت الوصية شرط لصحتها ، كما نص على ذلك القانون ، وكما بينا .

٩١ — وهلاك الموصى به المعين أو استحقاقه له صور أربع :

والصورة الأولى — أن يكون الموصى به معيناً ، فهلك كله قبل القبول ، فإن الوصية تبطل ، كما بينا ، لأن محلها المعين أصبح معدوماً ، وكذلك إن استحققت ، بيد أن الاستحقاق يبطلها ، ولو بعد القبول والقبض ، لأن الاستحقاق يوجب أن تعود العين إلى ملك صاحبها ، وحق المالك مقدم على مائتة للموصى له بالقبول والقبض ، فتبطل الوصية وتعود العين إليه .

الصورة الثانية — أن تكون الوصية بكل العين ، فهلك بعضها أو يستحق بعضها ، يأخذ الموصى له ما بقى منها إن كان يخرج من الثلث ، وبطلت الوصية في الجزء الهالك ، أو المستحق ، مع ملاحظة أن الهلاك لا يبطل الوصية في الجزء الهالك ، إلا إذا كان قبل القبول والقبض ، وأما الاستحقاق فيبطلها مطلقاً لما بيناه .

الصورة الثالثة — أن تكون الوصية بجزء شائع من عين معينة فهلك كلها ، أو استحققت فإن الوصية تبطل ، لأن موضوع الوصية صار معدوماً في حال الهلاك وتبين أن الملكية لم تكن ثابتة في حال الاستحقاق ، وكلاهما شرط لصحة الوصية ، وبقيتها مع ملاحظة الفارق بين الهلاك والاستحقاق .

الصورة الرابعة — أن تكون الوصية بجزء شائع من عين معينة ، فهلك بعضها ، أو استحق ، ففي هذه الحال يأخذ الموصى له وصيته جميعها من الباقي ، إن وسعها ، فإن لم يسعها أخذ الباقي كله ، وبطل من وصيته بمقدار ما نقص الباقي عن الوصية ، وفي الحال التي يسعها تكون الوصية كلها صحيحة لم يسقط منها شيء ، وذلك لأن الموصى به جزء شائع غير معين في شيء معين ، فإذا هلك بعضه ، لم يتعين أن يكون هو ما فيه الوصية ، فلا يرد عليها البطلان ولا يرد على جزء منها ؛ لأنها لا تبطل إلا إذا ثبت باليقين العدم في الجزء الذي تعلقت به ، ولم يثبت ، ولذلك ثبت في الباقي ما وسعها ، مع ملاحظة ألا تزيد الوصية بعد على ثلث التركة بعد الهلاك أو الاستحقاق .

٩٢ — وما هو قريب من الموصى به إذا كان جزءاً شائعاً في معين ما يكون شائعاً في نوع من الأموال موجود وقت الوصية ، كثلث أفراسه ، أو ثلث إبله ، أو عروضه ، فإن ذلك جزء شائع في نوع معين موجود كالمعين فإذا هلك أو استحق ذلك النوع بطلت الوصية ، ولا شيء للموصى له ، لهلاك الموصى به ، أو تبين أنه ليس بمملوك للموصى ، إذ الوصية لا بد لصحتها ونفاذها أن يكون الموصى به موجوداً إلى وقت الوفاة في ملك الموصى بالذات .

وإذا هلك بعضه ، أو استحق لا يأخذ كل ما يستحق إن وسعها ، كالوصية بجزء شائع في معين ، بل يأخذ حصته من الباقي ، فإن قال أوصيت بثلث أفراسي ، فمات ، وقد هلك بعضها أو استحق ، فله ثلث الباقي ، لأن الموصى به جزء شائع في مال

معرف بالوصف أو بالنوع، فتقدير الجزء لا يكون إلا بما هو موجود على ملكية الموصى وقت الوفاة، ويستمر موجوداً على حكم ملكه إلى وقت القسمة، وهذا هو الفرق بين التعيين والتعريف بالنوع، فإن التعيين يقتضى أن تكون الوصية فى ذات الشيء، فإذا كانت فى جزء شائع، فقد تعين مقدارها بتعيين ذاته، أما الوصية بجزء شائع من مال معرف بالنوع، فلا تعين ذاته دائماً إلا إذا كان موجوداً وقت الوصية، ولا يعين المقدار إلا عند القسمة، فإذا هلك أو استحق بعضه، كان النوع منحصرأ فى الباقي ولكن هذا الفرق فيه نظر وتفصيل كما سنبين وما يعد كالوصية بحصّة شائعة فى نوع من المال، إذا أوصى بعدد من نوع من المال، كالوصية بعشرة أفراس، فإن كان عددها وقت الوصية مائة اعتبرت الوصية بالعدد، وفى هذه الحال يكون قد نظر إلى مقدار النوع الذى أوصى ببعضه وقت الوصية، ولكنه نظر إليه، لالتنفيذها، بل لبيان مقدار نسبتها إلى نوع المال، وعلى هذا إذا مات، وليس له ذلك النوع بطلت الوصية، وإذا هلك بعضه، ثبت العشر فى الباقي.

ولا شك أن ذلك الحكم لا يستقيم مع منطق القانون؛ إذ أن منطق القانون فى الأموال المعرفة بالوصف أو النوع لا يلتفت إلى مقدارها وقت إنشاء الوصية، بل ينظر فى مقدارها، وملكىة الموصى لها إلى وقت تنفيذ الوصية. فإذا جاء القانون فى بعض أحكامه، ونظر فى تعيين مقدار نوع المال الذى عرفه بالوصف وقت إنشاء الوصية فقد انحرف عن منطق وقواعده، واعتمد على قواعد أخرى، فبدأ بناؤه غير متجانس فى مظهره وأساسه.

ولذلك كان من الخير لو لم ينظر ذلك النظر، فلا تعتبر الوصية بعدد من نوع المال، كالوصية بجزء شائع، ولا تستعار هذه الفكرة من رأى ابن الماجشون من مذهب مالك، فقد بدت غريبة غير مؤتلفة بغيرها، وليس فيها عدل مؤكد، ولا تحقيق لغرض الموصى؛ لأنه لو كان غرضه النسبة لقال العشر بدل أن يذكر عدداً محدوداً، إذا ذكر العدد لا يجعل سيلاً لاحتال غيره.

٩٣ — هذا هو القانون فى الوصية بمعين، أو بجزء شائع من معين، أن بجزء

شائع من نوع معرف ، غير معين بالتعيين ، وهلاك الموصى به أو بعضه ، أو استحقاقه كله أو بعضه .

والمصدر الفقهي لأحكام هذه المواد من القانون هو المذهب الحنفي ماعدا الجزء الأخير الذى اعتبر الوصية بعدد مذكور من نوع من المال وصية بسهم شائع ، يساوى بالنسبة بين العدد وبين جملة النوع وقت إنشاء الوصية ، فإنه مأخوذ من المذهب المالكي ، وهو رأى ابن الماجشون من متقدمى الفقهاء فى ذلك المذهب والمخرجين فيه ، وقد ذكرنا ذلك . وبيننا أنه كان الخير فى ترك هذه الاستعارة ، لأنها غير متجانسة مع قواعد القانون .

وأصول هذه المواد كما ذكر فى المذكرة الإيضاحية من المذهب الحنفي . والأصل فيه أن الموصى به إذا كان معينا بالذات أو كان معينا بالنوع ، وتعلقت الوصية به ، حتى صار كالمعين بالذات ، كان يوصى بكتبه ، أو بجزء منها فإن الوصية تتعلق بالموجود منه وقت الإيجاب ^(١) .

وعلى ذلك إذا هلك الموصى به كله قبل موت الموصى بطلت الوصية ؛ لأنها تعلقت بالعين ، أو بنوع موجود مذكور معتبر ملاحظ وجوده وقت الإيجاب . وإن هلك بعضه بطلت الوصية فيما هلك ، وبقيت فيما بقى ، ولو اكتسب من

(١) من المقرر أن الموصى به إذا كان معينا بالذات كانت الوصية متعلقة بالموجود منه وقت الوصية ، وإن كان معرّفا بالوصف كان المعتبر وجود وقت الموت ، والمعرف بنوعه يعتبر من القبيل الثانى إذا كان النوع لم يوجد منه شيء عند الوصية ، فإن كان منه شيء . اعتبر الموجود منه وقت الوصية وصار كالمعين بالذات ، أو على التحقيق صار معينا بالذات ، هذا ما حققه العلامة ابن عابدين ، فقد جاء فيه : « ان كان الموصى به عينا كثلث غنمى ، وله غنم يعتبر فيه الموجود وقت الوصية ، لأنه معين بالإضافة العددية ؛ لأنه تأتى له الألف واللام ، وإن كان نوعا كثلث غنمى ، ولا غنم له ، فهو كالشائع فى كل المال يعتبر فيه الموجود عند الموت ؛ لأنه ليس عينا ، حتى تنقيد به الوصية ، هذا ما ظهر لى فتأمل ، ج ٢٦٦ طبعة استانبول .

هذا وقد ذكر البدائع ، الذى بالأصل أن الوصية لاتصح إذا قال بثلث غنمى ولا غنم له ، وأن صحتها قول السكرخى ، إذا قال إنه ينبغى أن تصح فى الغنم إذا وجد له غنم ،

النوع الذى ذكره من ماله ما هو من جنسه لا يدخل فى الوصية، فلو أوصى بكتبه، واشترى كتباً غير التى كانت عند الوصية، وهلكت لا تتعلق بها الوصية إلا إذا ذكر أن الوصية تكون بالكتب التى تكون له عند الوفاة، وإنما لا تتعلق الوصية بها، لأن الوصية تعلقت بالموجود، فصار معيناً بالذات،

وإذا كانت الوصية بجزء شائع من ماله ولم يبين نوعاً منه، فإن الوصية لا تتجه إلى ماله عند الوصية، بل تتعلق بماله الذى يكون عند الوفاة، وكذلك إذا كانت بنوع من ماله، أو بجزء شائع منه. ولم تتعلق الوصية بذاته. كأن يوصى بجزء من غنمه، ولا غنم له وقت الوصية، وكأن يوصى بكتبه أو بجزء منها، ولا كتب له وقت الوصية فإن الوصية تكون متعلقة بالموجود وقت الوفاة، ولا تتعلق بما يوجد منه قبلها، فإن وجد شيء وهلك أو استحق قبلها، فلا أثر له فى الوصية صحة وبطلاناً.

٩٤ - ونرى من هذا أن الفقه الحنفى يقسم الموصى به إلى قسمين: معين بالشخص أو بالذات، ومنه ما يكون ميبناً بالنوع، وقد وجد النوع وقت الوصية وتعلقت به، فيعتبر تعلق الوصية به تعييناً له بالذات، فإذا قال أوصيت بثلاث كتبى، وله كتب وقت إنشاء الوصية، تعلقت بها وصارت الكتب بهذا التعلق كالمعينة بالذات؛ إذ لا فرق بينها وبين أن يقول أوصيت بثلاث دورى أو ثلاث أطياني، لأن الموصى به فى كليهما جزء شائع فى معين وقت إنشاء الوصية بالذات.

والقسم الثانى - أن يكون الموصى به لم يتعلق الوصية به وقت الإنشاء، وذلك إذا أوصى بجزء شائع من كل ماله، أو بنوع من ماله لم يكن موجوداً عند الإنشاء، فتعتبر الوصية متعلقة بالموجود وقت الوفاة.

ولا شك أن القسم الثانى لا يتأتى فيه الاستحقاق أو الهلاك قبل الوفاة، لأن الوصية لم تتعلق بعينه، حتى يقال إنه أوصى بغير ملكه، أو حتى تبطل بهلاك محلها إذ أنها لم يتعين لها محل إلا وقت الوفاة. وبعد الوفاة تجرى عليها أحكام التركة فى الاستحقاق والهلاك، وظاهر النصوص الفقهية، كظاهر قانون الوصية أنها إن تعلقت الوصية بالموصى به الموجود عند الوفاة يكون هلاكها واستحقاقها بعدها فى حكمه، كهلاك الموصى به المعين، سواء أكان ذاتاً أم نوعاً، لأن الملكية للموصى

له لا تتقرر إلا بالقبول والقسمة على مقتضى المذهب الحنفى ، وعبرة القانون عامة لا تفرق بين الهلاك والاستحقاق عند التعيين قبل الوفاة أو بعدها ما دامت الوصية لم تتقرر بالقبول .

٩٥ — وقد نص فى المذهب على أن الموصى به المعين بالإشارة أو بالاسم ، أو ما تتعلق به الوصية من الأنواع عند إنشائها حتى يصير معيناً بهذا التعلق ، إذا كانت الوصية بـكله أو بعضه ، وهلك كله أو استحق كله بطلت الوصية ، لأن محلها الذى تعلقت به صار معدوما قبل تمامها ، فتعذر تنفيذ أحكامها .

وإن أوصى بثـلث المعين ، وما يلحق به ، أو بنحو الثلث من كل سهم شائع ، وهلك بعضه ، فإن كان الذى ذكر بعضه مثلياً ، فقد قال أبو حنيفة والصاحبان إن الجزء الهالك لا يكون من حساب الموصى له ، فإذا كان الباقي يساوى الثلث المخصص للوصية كان للموصى له بشرط خروجه من ثلث التركة ، كشرط كل وصية . وقال زفر إن الهالك يكون من القدر المشترك ، فهلك على الموصى له بقدر حصته فى الوصية ، وعلى ذلك لا يكون له إلا مقدار ثلث الباقي .

وحجة زفر فى ذلك أن المال المعين مشترك بينهما ، والمال المشترك إذا هلك بعضه هلك على الشركة كهلاكه كله ، وإذا كان ما هلك قد هلك على الشركة ، فالباقي على الشركة أيضاً بمقدار الحصص ، فيكون له ثلث الباقي بعد الهلاك ، كما كان له ثلث الكل قبله .

وحجة أبى حنيفة والصاحبين ، أن الوصية هنا بجزء شائع فى مال مثلى معين ، والمثلى تدخله القسمة جبراً عن الشريك ، فصارت كأنها وصية بعدد معين . إذ يملك أخذه ، والوصية مقدمة على الميراث عند التوزيع ، فهذا التقديم وجب فرز قدر لها ما أمكن الفرز ، وحيث لا ضرر فى البقاء على الشركة بقيت ، فلما تعرضت للضرر أوجب التقديم فرز جزء هو فى الباقي تنفيذ الوصية ما أمكن التنفيذ من غير تعرض للبطلان ، وأيضاً فإن الوصية بجزء معلوم من مثلى ، كوصية بعدد معلوم منها كوصية بعشرة دراهم من دراهمه ، فإذا هلكت ولم يبق منها إلا

عشرة كانت هي الوصية بالاتفاق عند الحنفية ، بشرط أن تخرج من الثلث من عموم ماله .

وإذا كانت الوصية بجزء شائع من معين قيمى كان ثلث الباقي بالاتفاق بين فقهاء المذهب الحنفى ^(١) . والفرق بين القيمى والمثل على رأى الأئمة الثلاثة فى هذه الناحية من جهتين :

إحدهما — أن المثل تدخله القسمة جبراً ، فيصح فرز قدر منه للوصية ، بل يتعين ذلك إذ خيف عدم تنفيذها كلها ، وبذلك يكون الهلاك قد اقتضى ذلك الفرز ، فتكون الوصية كاملة فى الباقي . أما القيمى فلا تدخله القسمة إلا بالرضا أو القضاء ، ولم يوجد ذلك ، فتصور الفرز غير موجود ، فلا يبنى عليه حكم .
ثانيهما — أن الوصية بجزء شائع من مثل يمكن أن تكون كالوصية بعدد منه تماماً ، فإذا قال أوصيت بعشر نقودى ، وهى ألف وقت الوصية كانت كما يقول ، أوصيت بمائة ، لعدم التفاوت بين الآحاد ، وإذا قال أوصيت بمائة من نقودى ، فهلك بعضها نفذت الوصية بالمائة مادام الباقي يسعها .

أما القيمى فلتفاوت آحاده لا يمكن أن يقال إن الوصية بالجزء الشائع كالوصية بعدد معلوم منه ، لأن آحاده متفاوتة ، فلو قال أوصيت بثلث كتبي وهى ثلاثة آلاف مجلد ، لا يكون ذلك ، كما يقول أوصيت بألف منها ؛ لأن الآحاد متفاوتة .
لهذين الأمرين قال الفقهاء إن هلك بعض القيمى كانت الوصية بحصتها فى الباقي . هذا بالنسبة للهلاك ، وقد اتفق رأى فقهاء الحنفية على الراجح من الروايات فى هلاك بعض القيمى ، واختلف زفر معهم فى هلاك المثل .

أما استحقاق بعض المعين ، فقد قال السرخسى فى المبسوط إن زفر قد اتفق مع بقية الأئمة فيه من حيث إنه فى المثل ، يكون الموصى له للموصى به كاملاً من الباقي ^(٢)

(١) قيل إن ذلك إذا تعددت الأجناس ، وكانت مختلفة ، وإن كانت من جنس واحد ، فهى بمنزلة المثليات يجرى فيها الخلاف بين زفر وغيره ، وقيل هذا قول أبى حنيفة ، أما الصحابان فبقيا على رأيهما ، وقيل هو قول السكل (شرح التبيين ج ٦ ص ١٨٩) .

(٢) المبسوط ج ٢٧ ص ١٦٢ .

٩٦ — ولقد ذكرت المذكرة التفسيرية أنها اعتمدت فيما أخذت بالنسبة لهلاك المعين على المذهب الحنفى ، ولكنها لم تأخذ بنص الآراء فى المذهب ، بل جعلت الوصية بجزء شائع من معين تكون بكاملها فى الباقي من غير تفرقة بين مثلى وقيمى أى من غير تفرقة بين ما تدخله القسمة جبراً وما لا تدخله ، وخالفت بذلك أئمة المذهب الحنفى جميعاً ، بل خالفت مذهب مالك رضى الله عنه ؛ لأنه لا يفرق بين القيمى والمثلى من حيث إن الوصية بجزء شائع معين إذا هلك بعضه تكون الوصية بحصتها فى الباقي ، ولا تنفذ كلها ، بل ينقص منها بمقدار حصتها فيما هلك . ولقد عللت المخالفة بأن ذلك أعدل وأسهل .

أما السهولة فلا نرى وجهاً لها ، ولعلمنا فى التعميم من غير تفرقة بين حال وحال ، ولو أخذوا بمذهب زفر ومالك الذى يجعل الوصية فى حال الهلاك أو الاستحقاق تنفذ مطلقاً بحصتها فى الباقي لكان ذلك تعميماً ، وله اعتماد من مذهب معلوم أكثر القانونون من الأخذ به ، ومن رأى فقيه حنفى ، قد رجحه الحنفية ؛ إذ قالوا بقول زفر نأخذ وعليه القياس ، (١) .

وأما العدالة فإنها توجب النسوية بين المشتركين فى الغنم والغرم ، والأصل فى العدالة أن تكون فى المساواة ؛ حتى يقوم الدليل على خلافها ، فجعل الغرم فى حال الهلاك على جانب واحد ، وسلامة نصيب الجانب الآخر من غير قسمة وافية ، بل غير متصورة ، لأن الملكية بعد لم تثبت — ليس من العدالة ، فلا يعد هذا الانجاء أعدل .

ولقد كان حقاً على كتاب المذكرة التفسيرية وقد خالف القانون المذهب الحنفى تلك المخالفة الجوهرية ، وقررو أحكاماً لم يقلها أحد من أئمة فى الروايات الراجعة ألا ينسبوا تلك الأحكام إليه ، ولا يذكروا أنهم اعتمدوا عليه — بل اعتمدوا على اجتهادهم فقط .

٩٧ — وهناك أمر آخر خالف القانون فيه المذهب الحنفى ، وفرق بين

(١) هذا ما جاء فى غاية البيان .

متماثلين من غير داع إلى التفرقة ، ففرق بين الوصية بجزء من معين ، والوصية بجزء من نوع معين ، وقد علمت أن المذهب الحنفي يعتبرهما من قبيل الوصية بالمعين ، فيقرر الأحكام بالنسبة لهما على هذا الأساس ؛ لأن الوصية إذا تعلقت بمال وقت إنشائها ، فقد عينته ، وارتبطت به وجوداً وعدمًا .

ولكن القانون يجعل الهلاك أو الاستحقاق في الوصية بجزء من المعين لا يمس الوصية فنسلم ، ويجعل الهلاك في النوع المعين على الشركة ، فينال الوصية كما ينال غيرها . ولا نرى فرقاً بين الأمرين أوجب هذا الافتراق في الحكم ، فليس بينهما افتراق جوهري في الحقيقة ؛ إذ كلاهما معين ، كما أنه ليس بينهما افتراق من حيث تعلق الوصية بهما ، وارتباط وجودها بوجودهما ، كما أنه ليس بينهما افتراق من حيث قوة الوصية بهما ؛ إذ الوصية في كليهما مقدمة على الميراث ، ومن المقرر عند أبي حنيفة وصاحبيه أنه فيما تجرى فيه القسمة جبراً يكون الهالك على المتأخر في الأداء ، لا المتقدم ، فلا ينال الوصية ، والمقرر عند زفر أن الشركة أوجبت النسوية في الهلاك بالحصص كالامتلاك ، في المثلي والقيمي معاً .

فإما أن نأخذ بفكرة زفر ، ومالك في الأمرين في المعين بالشخص ، والجملة المعينة ؛ وإما أن نأخذ برأى أبي حنيفة والصاحبين ، وبذلك يكون للقانون أساس فقهي ، وأساس منطقي تربط بها الأحكام ، وتكون له ضوابط جامعة من غير أن تكون أحكامه نشيراً غير محكم الربط ، لا تجمعها قاعدة ، ولا توحيه فكرة ، فيكون فيه ذلك التلفيق غير المتناسق^(١) .

ولا يدعى واضعوه أن ثمة مصلحة راجحة تفوت ، إن جعلنا القانون محكم

(١) وإنك ل ترى من المفارقات الغريبة في القانون أن الموصى إذا أوصى بثلاث دار فاستحق بعضها يكون الهلاك على حساب الورثة ، ولا تمس الوصية ، بل تؤخذ كاملة من الباقي بينما إذا قال أوصيت بعشرة من أفراسي وعددها مائة يعتبر كأنما أوصى بعشرها ، فإذا استحق بعضها كان من حساب الشركة فننقص الوصية مع أن حد العدد واجب ألا ينقص من الوصية بجزء شائع في معين .

الربط والنسج ، لأنه لم يكن بين أيديهم مظالم أوجبت الأخذ بهذا دون ذاك ، فكان الأولى أن يجمع القانون على منهاج واحد .

ولو أن هناك مصلحة راجحة ، أو عدالة تتحقق في جانب دون جانب لساغ لنا قبول ذلك التلفيق الذي لا انسجام فيه ، لأن العدالة أولى وأحرى ، والقوانين كانت لتحقيقها ، فإذا لم تكن مصلحة ، فالتناسق المنطقي مطلوب ، والله الهادي إلى سواء السبيل .

٣ - بيان الموصى به

٩٨ - إن الوصية شرعت للتوسعة على الموصى ، ليتدارك ما عساه يكون قد فاتته من واجبات ، أو ليكافئ من يكون قد أسدى إليه معروفاً ، وليسد حاجة من يكون في حاجة إلى العون من أقاربه غير الوارثين ، وفي كثير من الأحوال تكون الوصية في وقت لا يتسع للتوضيح ، وبيان الغرض كاملاً ، لذلك توسع الفقهاء في أحكام الوصية ، فأعطوا هذا التصرف ما لم يعط غيره من وسائل التيسير ، وأجازوا فيه ما لم يحيزوا في غيره تسهلاً على الموصى في وقت يحتاج فيه إلى التسهيل .

ولذلك أجازوا الوصية بالمجهول ، وذلك ما لم يسوغوه في عقد من العقود ، لأن محل العقد لا بد أن يكون معلوماً ؛ حتى لا تجري المشاحنة ، فتفضي الجهالة إلى المنازعة ، وقد أعفوا الوصية في ذلك الشرط ، لأن احتمال النزاع وقت تنفيذها ليس قريباً ، إذ هو وقت الموت .

ثم إن التجهيل لم يتركه الشارع ، بل جعل للورثة حق البيان ، لأنهم خلفاء مورثهم ، فيقومون مقامه فيما فاتته من بيان ؛ ولأنهم أقرب الناس إليه ، وأدناهم منه ، فهم أعرف بمقاصده ، وغاياته ومراميه . . ولذلك يوكل البيان إليهم .

فإذا قال الموصى أوصيت لفلان بجزء من مالي أو بشيء منه ، كان للورثة أن يعطوه أي قدر شاءوا بما يحتمله اللفظ .

وإن لم يكن له وارث كان البيان لولى الأمر ، باعتبار أن التركة ستؤول إلى بيت المال ، ولأنه ولى من لا ولى له ، وقد تولى الورثة البيان بما لهم من صلة بالميت

فيتولاها ولي الأمر بما له من هذه الولاية العامة التي تجعله ذا صلة بكل إنسان ،
والبيان عن المتوفى بما له صلة بالولاية عليه .

وإن قال أوصيت بسهم من مالى ، ومات ولا وارث له كان له النصف ،
ولبت المال النصف ؛ لأن السهم يطلق على القليل والكثير ، وهو بهذه الوصية
شريك لبيت المال ، قد أوجد له الموصى هذه الشركة ، والشركة تقتضى التسوية
وتفسير السهم بالنصف تحقيق لهذه المساواة ، فيكون ذلك التفسير أولى من غيره .
وإذا قال أوصيت له بطائفة من مالى ، أو قليل منه أو يسير ، أو بشيء من
مالى ، ولا وارث جاز لولى الأمر الذى له البيان وحده فى هذه الحال أن يعطيه
مالا يصل إلى النصف لأن اللفظ لا يحتمل النصف إذ الشيء من المال أو القليل ،
أو اليسير منه لا يصح أن يصل إلى النصف ، وإن قال بجزء من مالى جائز لولى
الأمر إعطاؤه النصف لا يزيد ؛ لأن الجزء يطلق على النصف .

٩٩ — والقانون لم يصرح بجواز الوصية بالمجهول ، ولكنه ذكر بعض
أحكام الوصية بالمجهول التي اقترنت بما يشير إلى البيان ، وإن لم يكن قاطعاً ،
ولا راجحاً ، بل كان احتمالاً قريباً ، ولم يترك البيان إلى الورثة ، بل بين هو الحكم
وكان له اعتماد من الفقه ، فقد ذكر أحكام الوصية بمثل نصيب الورثة ، إن عين
وإن لم يعين ، وبسهم مع مثل نصيب الورثة^(١) .

(١) قد ذكر ذلك المواد ٤٠ ، ٤١ ، ٤٢ ، وهذا نصها :

المادة ٤٠ — إذا كانت الوصية بمثل نصيب وارث معين من ورثة الموصى استحق
الموصى له قدر نصيب هذا الورث زائداً على الفريضة .

المادة ٤١ — إذا كانت الوصية بنصيب وارث غير معين من ورثة الموصى ، أو بمثل
نصيبه استحق الموصى له نصيب أحدهم زائداً على الفريضة إن كان الورثة متساوين
فى الميراث ، وقدر نصيب أقلهم ميراثاً زائداً على الفريضة الشرعية إن كانوا متفاضلين .

المادة ٤٢ — إذا كانت الوصية بسهم شائع فى التركة ، ونصيب أحد ورثة الموصى ،
أو بمثل نصيبه سواء أعين الموصى الوارث أم لم يعينه قدرت حصة الموصى له بنصيب
الوارث على اعتبار أنه لا وصية غيرها ، ويقسم الثلث بينهما بالمحاصة إذا ضاق عن
الوصيتين ، وإذا كانت الوصية بقدر محدد من النقود ، أو بعين من أعيان التركة بدل
السهم الشائع قدر الموصى به بما يساويه من سهام التركة .

١٠٠ — ولقد ذكر القانون مسائل الوصية التي تكون فيها جمالة الوصية بمثل نصيب الوارث منفردة أو مع غيرها ، وجهالتها قد أزالها ببيان مقدارها بحكم القانون ، فلا يكون ثمة حاجة إلى بيان آخر كما بينا ، وقد ذكر لذلك أربع أحوال :
الأولى — إذا أوصى بمثل نصيب وارث معين من ورثته أو بنصيبه ، فإن الموصى له يستحق مثل نصيب ذلك الوارث ، وطريق الوصول إليه من غير زيادة ، وبحيث يكون مقدار الموصى به مساوياً لمقدار نصيب الوارث أن تقسم المسألة بالسهم من غير نظر إلى الوصية ، ثم يزداد على مجموع عدد السهام عدد يساوى مقدار نصيب الوارث الموصى بمثل نصيبه ، ويكون هذا هو ما يعادل نصيب الموصى له ، وتقسم التركة على عدد السهام ، وبأخذ كل ما يخصه .

ومثال ذلك أن يوصى الموصى بمثل نصيب ابنه لأخيه الشقيق ، ثم يموت عن ابنه وبنتين له ، فيكون للذكر مثل حظ الأنثيين ، ويكون للابن النصف ، ولكل بنت الربع . فتكون السهام أربعة يكون للابن سهمان ، ولكل بنت سهم ، ثم يعطى الموصى له سهمين مثل نصيب الابن ، فإذا كانت التركة ١٢٠ (عشرون ومائة فدان) تقسم على ستة فيكون للموصى له أربعون ، وللبن أربعون ، ولكل بنت عشرون .

١٠١ — (الحال الثانية) أن يوصى بمثل نصيب أحد ورثته ولا يعينه ، ويندرج في هذه الحال صورتان — إحداهما — أن يكون الورثة جميعاً متساوين في السهام ، والثانية أن يكونوا غير متساوين — ولكل صورة حكم ، فحكم الصورة الأولى أن يعطى بمقدار واحد ، وحكم الثانية أن يعطى بقدر أقل الورثة سهاماً ، وفي الحالين تقسم المسألة بالسهام ، ويزاد على مجموعها مقدار سهام أحد الورثة في حال التساوى ، ومقدار أقلهم سهاماً في حال عدم التساوى ، ولنضرب لذلك مثلين ، لكل صورة مثل :

المثال الأول — أن يوصى بمثل نصيب أحد ورثته لابن أخيه الشقيق ، ثم يموت عن ثلاث زوجات ، وثمانى أخوات شقيقات ، وأخ لأب ، ويترك تركة

قدرها ١٣٠ فدان ، فإنه في هذه تقسم المسألة بالسهم فيكون لثلاث الزوجات الربع ، ولثماني الأخوات الشقيقات الثلثان ، وللأخ الباقي ، ويكون أصل المسألة اثني عشر، يكون للزوجات الربع، ثلاثة سهم ، لكل واحدة سهم، وللشقيقات الثلثان ثمانى سهم ، لكل واحدة سهم ، ويكون للأخ لأب سهم واحد هو الباقي . فهنا يتساوى الورثة فيأخذ بمقدار واحد ، ويضاف على الأصل سهم ، وتقسم التركة على ١٣ فيخص كل واحد عشرة أفدنة .

المثال الثاني — وهو المثال لحال التفاوت ، أن يوصى لابن أخيه الشقيق أيضاً بمثل نصيب أحد الورثة ، ويموت عن ثلاث زوجات ، وبنتين ، وابن ابن ، ويترك تركة قدرها مائة فدان فتقسم المسألة بين الورثة بالسهم فيكون لثلاث الزوجات الثمن ، وللبنتين الثلثان ، ولابن الابن الباقي ، ويكون أصل المسألة ٢٤ لثلاث الزوجات ثمنها ثلاثة ولكل واحدة سهم ، وللبنتين ستة عشر . ولكل واحدة ثمانية ولابن الابن الباقي ، وقدره خمسة ، فيكون أقل الورثة ميراثاً ، هو إحدى الزوجات ، فيكون للموصى له بقدرها ، ويضاف إلى أصلها ، فيكون المجموع خمسة وعشرين ، تقسم المائة عليها ، فيخص كل زوجة أربعة أفدنة ، والموصى له أربعة ولكل بنت ٢٢ فدان ، ولابن الابن ٢٠ فداناً .

١٠٢ — الحال الثالثة — أن يوصى بمثل نصيب أحد الورثة مع الوصية بسهم معلوم شائع كالربع في التركة ، سواء أعين الوارث بمثل نصيبه أو لم يعين ، وفي هذه الحال يسير الموزع للتركة ثلاث خطوات .

الخطوة الأولى أن توزع المسألة بالسهم بين الورثة ، حتى يعلم مقدار سهم كل وارث . والخطوة الثانية أن يضاف إلى أصل المسألة عدد سهم الوارث . ويعلم مقدار سهم الموصى له بمثل نصيب الوارث ، مع ملاحظة أن أصل الفريضة ، وهو مقدار الباقي بعد المقدار الذى أوصى به للموصى له الآخر .

ثم ينظر بعد ذلك وهذا هو النظر هو الخطوة الثالثة ، وهى أنه إن كانت الوصية بقسميها نافذة من غير إجازة الورثة ، بأن كانت لا تتجاوز الثلث أو تتجاوزه وأحازوها ، نفذت الوصيتان .

وإن لم يجزوا الوصية ، ولم يسع الثلث قسم بينهما بالمحاصة ، أى بنسبة السهام
ولذلك موضعه من شرح القانون ، فلتؤجل أمثلته إليه ، ولنضرب الآن الأمثلة
المبينة لما ذكرنا آنفاً .

المثال الأول : أوصى بربع ماله للجمعية الخيرية الإسلامية ، وبمثل نصيب
أخيه لأمه ، لابن أخيه الشقيق ، ومات عن زوجته ، وأخته الشقيقة ، وأخيه
لأمه ، وأخته لأبيه ، وترك تركة قدرها ١٨٠ فدان .

ففي هذا المثال (١) نقسم المسألة بالسهام ، فيكون للزوجة الربع ، وللشقيقة
النصف ، وللأخ لأم السدس ، وللإخت لأب السدس ، فأصل الفريضة ١٢ ، للزوجة
ثلاثة سهام ، وللشقيقة ستة ، وللأخ لأم إثنان ، وللأخت لأب سهران فيكون
المجموع ١٣ .

(٢) ويضاف إلى المجموع بعد الاعتبار السابق مقدار نصيب الأخ لأم ،
وهو سهران فيصير المجموع من أصل الفريضة ١٥ ، وإذا أضيف إليها المأخوذ
من الأصل لصاحب الربع الذى قدره بخمسة يكون مجموع السهام ٢٠
موزعة كالآتى :

للزوجة ٣ ، وللشقيقة ٦ ، والأخ لأم ٢ ، والأخت لأب ٢ والموصى له بمثل
نصيب الأخ لأم ٢ ، وللجمعية الخيرية ٥ .

وتقسم التركة ، وهى ١٨٠ فدان عليها فيختص كل واحد بمقدار سهامه ،
وبمجموع الوصايا لا يتسع له الثلث وقد أجازوا .

المثال الثانى : أن يوصى لشخص بربع ماله ، ولأخته لأبيه بمثل نصيب أحد
ورثته ، ويموت عن زوجته ، وأخوين لأم ، وأخيه الشقيق ، وأخته الشقيقة ،
والتركة ١٠٤ (أربعة فدادين ومائة) .

ففي هذه الحال (١) نقسم المسألة بالسهام ، فيكون للزوجة الربع ، وللأم

السدس ، وللأخوين لأم الثلث ، وللشقيقين الباقي للذكر مثل حظ الأنثيين فتكون الفريضة من ١٢ ، توزع كما يأتي :

الزوجة ٣ والأخوان لأم ٤ (لكل منهما اثنان) والام ٢ وللشقيق والشقيقة الباقي وقدره ٣ (الشقيق اثنان ، وللشقيقة واحد) .

(٣) يضاف سهم إلى الأثني عشرة ، سهم وهو مقدار سهام أقل الورثة ميراثاً ، وهو نصيب الأخت الشقيقة ، فيكون مجموع السهام ثلاثة عشر سهماً للورثة إثناعشر سهماً ، والموصى له بمثل نصيب أخذ الورثة سهم . وتعتبر هذه ثلاثة الأرباع فيكون للموصى له بالربع ثلثها وهو ٤ فيكون المجموع ١٧ ١/٢ .

هذا هو الحل الذي وجدناه يتفق مع نص القانون ، وغرض الموصى ؛ لأن غرض الموصى هو تحقيق المساواة بين الموصى له والوارث الذي جعل نصيبه أساس التقدير بقوله أوصيت بمثل نصيب الوارث ، والرابع ؛ فإن كل حل غير ذلك لا يحقق المساواة بين الموصى له والوارث الموصى بمثل نصيبه ؛ مع جعل الوصيتين في مرتبة واحدة ؛ من حيث إنهما يتفدان في حدود واحدة . وهو حل يتفق مع قواعد المذهب الحنفي .

ولكن المذكرة التفسيرية قالت إنها أخذت هذا الجزء من القانون من مذهب أحمد بن حنبل ، فقد قالت « والمادة - ٢٢ مأخوذة من مذهب أحمد بن حنبل ، ولذلك وجب علينا أن نرجع إلى ذلك المذهب نتعرف منه طريق الحل ؛ وإن كنا نرى أن الحل الذي ذكرناه هو الذي يتفق مع نص القانون وغرض الموصى عند التعبير بمثل التعبيرات التي اشتمل عليها القانون .

والمذكور في مذهب أحمد طريقتان : نرى أن التي تقرب من نصوص القانون وإن لم تتعين هي الطريقة الراجحة وهي غير طريقة يحيى بن آدم ، وأساسها أن تحل المسألة على فرض أن هناك وصية بمثل نصيب أحد الورثة ، ولا وصية سوى ذلك ؛ حتى إذا علم مقدار الموصى به . نظرنا إلى الوصيتين ووازنا بين

مقدارهما والثالث ، ثم نظر إلى الأجازة إن تجاوزاه ، ولنضرب لذلك مثالا .
إذا أوصى لشخص بسدس ماله ، وآخر بمثل نصيب أخته الشقيقة ، ومات
عن زوجة وبنتين ، وأخته الشقيقة ؛ فإنه تحل المسألة على أساس أنه لا وصية
إلا الأخيرة ، فيكون للزوجة ٣ أسهم ، وللبنتين ١٦ سهماً ، والأخت ٥ أسهم
ويضاف إليها خمسة أسهم الأخت ، فيكون ثمة وصيتان إحداها بخمسة من ٢٩
والثانية بأربعة وخمسة أسداس من ٢٩ ومجموعهما تسعة وخمسة أسداس . وهو أكثر
من الثلث ، فإن أجززت الوصية نفذنا بتلك النسبة ، وإن لم يجوزها كان الثلث
بينهما بنسبة ٥ إلى ٤ .

١٠٣ — الحال الرابعة — أن يوصى بنقود أو بأعيان من التركة لشخص
أو جهة ، ولموصى له آخر بمثل نصيب أحد الورثة ، وهذه كالحال السابقة في كل
الاحكام ، والخطوات التي شرحناها آنفاً ، ويفرط في حلها ما كنا نفرض تماماً
في المثالين الذين ذكرناهما في الحال السابقة .

غير أنه يزداد على الخطوات السابقة ، خطوة يبتدأ بها ، وتتقدم على ما سواها ،
فتقدر النقود الموصى بها أو الأعيان المعينة الموصى بها أولاً ، وتبين قيمتها
بالنسبة إلى التركة ، وما تساويه من السهام بالنسبة لها ، أمى تساوى الربع أم الثلث
أم السدس ، ونحو ذلك ، فإذا قدرت ذلك التقدير ، وقدرت معها سهام الورثة وسهام
الوارث الموصى له بمثل نصيبه ، سواء أكان معيناً أم غير معين ، وعرف ما يخص
كلا الموصى لهما من سهام قسمت التركة على المجموع ، كما ذكرنا في المسألة السابقة .
ولنضرب مثالا ليسير القارىء على ضوئه إذا أوصى بألف جنيه لعارة مسجد
حيه الذى تحرب ، ولأخته الشقيقة بمثل نصيب أحد ورثته ، وتوفى عن زوجته ،
وبنتين ، وابن ابن ، والتركة ألف جنيه و ٤٥ فدانا ، ففى حل هذه المسألة :
(١) نبتدىء بمعرفة ما تساويه الألف بالنسبة للتركة ، فإذا وجدنا أنها
تساوى ١/٤ التركة يعتبر كأنه أوصى لعارة المسجد بربع التركة .

(٢) ثم نسير في الخطوات الأخرى ، فنقسم المسألة بين الورثة على الفريضة الشرعية فتكون كما يأتي :

الزوجة	البنات	ابن الابن
$\frac{1}{8}$	$\frac{2}{3}$	الباقى

وتكون الفريضة من أربعة وعشرين للزوجة ٣ ، وللبنات ستة عشر لكل واحد ثمانية ، ولابن الابن الباقي ، وهو خمسة سهام .

(٣) ويضاف إلى الفريضة ٣ هي مقدار سهم الموصى له بمثل نصيب أحد الورثة ، فيكون المجموع ٢٧ ، وتقسم ٥٤ فداناً على ٢٧ وبمجموع الوصيتين تخرجان من الثلث فتتفدان من غير إجازة الورثة ؛ إذ إحداهما بتسعة أسهم لأننا اعتبرنا ٢٧ سهماً هي ثلاثة الأرباع ، والأخرى بثلاثة بمجموعهما ١٢ سهماً ، إذ مجموع السهام بعد إضافة سهام الموصى لهما (٢٤ + ٩ + ٣) تكون ٣٥ .

وإذا كان الثلث لا يسعهما يوزع الثلث بنسبة السهام التي قدر بها نصيب كل منهما على ما سنبين عند الكلام في تراحم الوصايا وضيق الثلث عنهما ، وعدم إجازة الورثة لها .

هذا على الحل الذي نراه قريباً من نص القانون ، وعلى ما اخترنا من المذهب الحنبلي الذي اعتبر أصلاً فإنه يعتبر هناك وصيتين إحداهما ثلاثة أسهم والأخرى بالربع وهو — ٩ — وتنفدان وهذا على الطريقة التي اخترناها من مذهب أحمد .

١٠٤ — هذا هو شرح القانون في الوصية بمثل نصيب أحد للورثة ، وقد كانت الصور التي فرضها القانون كلها في حدود فرض نصيب وارث موجود ، ولم يذكر هنا تقدير الوصية بنصيب وارث غير موجود ، ويفترض وجوده ، ويظهر أن المشروع الأول كان فيه فرض هذه الصورة ، فإن المذكرة التفسيرية التي اقترنت باقتراح مشروع القانون قد تعرضت لهذه الجزئية هنا ، وذكرت حكمها ومصدرها ، فقد جاء فيها ما نصه :

« وإذا كان من أوصى بنصيبه ، أو بمثل نصيبه لو فرض موجوداً يحجب غيره .

من الورثة حجب حرمان ، أو حجب نقصان ، فإن الفريضة تصح بالنسبة لغير المحجوب ، ثم يزداد عليه سهم الموصى له ، كما لو ترك الميت أخاً ، وبنتاً ، وأوصى لرجل بنصيب ابن لو كان ، اعتبرت التركة سهماً واحداً للبنت يزداد عليها سهمان لابن الموصى بنصيبه ، فيكون له ثلثا التركة ، إن أجاز الأخ والبنت ، وإلا كان له الثلث ، والباقي بعد الوصية يقسم بين الأخ والبنت قسمة الميراث .

ولقد قالت بعد ذلك : « في الوصية بمثل نصيب ابن لو كان ، ولو لم يكن له ولد الحكم من مذهب مالك » .

فهذا الكلام يدل على أنه كان في القانون نص على التقدير الفرضي في هذا الموضوع ؛ إذ خصته المذكرة بالذكر ، وبينت مصدره الفقهي ، فكان هذا دليلاً على كمال العناية ، ودليلاً على أنه وجد ، وإذا كان القانون لم يشتمل على نص يفيد الحكم في الوصية بمثل نصيب ولد لو كان ؛ فإن المعقول حينئذ هو العمل بمذهب أبي حنيفة في هذه القضية ؛ لأنه المعمول به ، حيث لا نص في القانون ، والمنصوص عليه في الفتاوى الهندية أنه لو أوصى بمثل نصيب ابنه لو كان ؛ فإن كان له ابن اعتبرت وصية بمثل نصيب أحد الورثة ؛ لأنه موجود مثل الموصى به بين الورثة ، وإن لم يكن موجوداً قدر له نصيب وأضيف إلى الفريضة الشرعية ؛ على أساس الأخذ من استحقاق الورثة الموجودين فعلاً ، فلو ترك امرأة وابناً ، وأوصى بمثل نصيب ابنته لو كانت ؛ فإنه في هذه الحال ؛ يفرض نصيب بنت ، وهو نصف نصيب الابن الموجود ، ويضاف إلى مجموع السهام ؛ وهكذا ، فإن كان للمتوفى بنت وأخ ، وأوصى لرجل بنصيب ابن لو كان ؛ فإنه يكون له ضعف ما للبنت ، ويضاف إلى أصل الفروضية ، فيكون له الثلثان ، وللورثة الثلث ، إن أجزت الوصية وإلا كان له الثلث فقط ^(١) .

هذا مذهب أبي حنيفة ، أما مذهب مالك الذي ذكرته المذكرة التفسيرية وإن

(١) الفتاوى الهندية ج ٦ ص ٩٩ ، ١٠٠

كنا لا نرى اتباعها ، فأساسه أن من أوصى بنصيب وارث يأخذ بقدر سهامه من غير أن يضاف إلى أصل المسألة ، فلو قال أوصيت بمثل نصيب ابن لي ، وله ثلاثة أبناء أخذ ثلث التركة ، وإن كان له أربعة أخذ ربعها ، وهكذا ولو قال بنصيب ابن لو كان موجوداً قدر له نصيب بفرض وجوده ، وكانت الوصية بقدره ، فلو قال أوصيت بمثل نصيب ابني ، وله ابن كانت الوصية بجميع المال إن لم يكن ولد غيره قط ؛ ولو قال أوصيت بمثل نصيب ابن لي لو كان موجوداً ، ولا ابن له كانت الوصية بجميع المال أيضاً ، لأنه لو كان موجوداً لأخذه ؛ ولو كانت له بنت كانت الوصية بثلثي المال كله ^(١) .

هذا هو مذهب مالك في مثل هذه الحال ، ونحن نرى أن العمل يجب أن يكون على مذهب أبي حنيفة ، إذ ليس في القانون نص يخالفه ، والله سبحانه وتعالى هو الهادي إلى سواء السبيل .

١٠٥ — ولنتجه بعد ذلك إلى بيان مصادر القانون في هذه الأجزاء :

أخذ القانون الفقرة الأخيرة وهي احتساب النقود المرسلة والاعتبار بمقدار نسبتها من التركة ؛ من إجماع الفقهاء على ذلك الاحتساب عند معرفة مقدارها ، لتبين صلتها بالثلث ، أمي في دائرته ، فلا تحتاج إلى إجازة ، أم زائدة عنه ، فتحتاج إلى إجازة ، فإن طريق ذلك باتفاق الفقهاء بل باتفاق أهل العقول — تكون بمعرفة نسبتها إلى قيمة التركة ، أي مقدار سهامها فيه .

أما بقية الأجزاء فمأخوذة من المذهب الحنفي ، أو المذهب الحنبلي ، فالوصية بمثل نصيب وارث معين مأخوذة من المذهب الحنفي ، والوصية بمثل نصيب وارث غير معين ، وبجزء شائع أو معين أو مقدر من التركة مع الوصية بمثل نصيب الوارث مأخوذة من مذهب أحمد ، كما تقول المذكرة التفسيرية ، هذا إجمال نبينه في مواضعه .
أما الأول ، وهو الوصية بمثل نصيب وارث معين ، فقد نص عليها في كتب الفقه الحنفي ، وفي الوصية بمثل نصيب الوارث المعين فرق الحنفية بين عبارتين ،

(١) راجع حاشية الدسوقي على الفرح الكبير الجزء الرابع ص ٤٤٣ .

أن يقول أوصيت بمثل نصيب الوارث ، وأن يقول أوصيت بنصيبه ، ولذلك جاء في كتاب شرح التبيين أنه إن قال أوصيت بنصيب ابني فالوصية باطلة عند أبي حنيفة والصاحبين ، وعند زفر الوصية صحيحة ، وتعتبر وصية بمثل نصيب الابن ، واتفقوا على أنه لو قال أوصيت بمثل نصيب الابن تكون الوصية صحيحة ، وحجة زفر أن ذكر نصيب الابن للتقدير به ، ولا فرق بين العبارتين في الدلالة على ذلك ، وإحداهما صريحة في التقدير ، وهي التي قال فيها إنه أوصى بمثل نصيب ابنه ، والثانية على تقدير محذوف مضاف ، فمعنى أوصيت بنصيب ابني أوصيت بمثل نصيب ابني ، وحذف المضاف عند قيام قرينة عليه سائغ في اللغة العربية ، ومن ذلك قوله تعالى « واسأل القرية التي كنا فيها » إذ معناها ، واسأل أهل القرية .

وحجة أبي حنيفة والصاحبين في أن الوصية تكون باطلة في قوله أوصيت بنصيب ابني — تقوم على أمرين : (إحداهما) أن العبارة ليس فيها ما يدل على أنه قصد الوصية بمثل نصيب ابنه ، إذ لا قرينة تنبئ عن ذلك ، ولا يترك المعنى الظاهر إلى غيره إلا بوجود قرينة دالة على ذلك الترك (ثانيهما) أن العبارة بهذه الدلالة الظاهرة تجعل الوصية باطلة ؛ لأن الوصية تملك مضاف إلى الموت ، فكأن معناها الظاهر الذي لا يوجد غيره ، أوصيت بما يملك ابني عند وفاتي ، فهي وصية بملك الغير ، فهي باطلة ^(١) .

والقانون في المادة ٤ ذكر الوصية بمثل نصيب الوارث المعين ، وترك الوصية بنصيب الوارث وعلى عكس ذلك في الوصية بمثل نصيب وارث غير معين قد ذكر الوصية بمثل نصيبه وبنصيبه ، وجعل حكمهما واحداً ، فكان ذلك مرجحاً اعتباره الوصية بنصيب الوارث باطلة ، كما هو مذهب أبي حنيفة وصاحبيه ، ويذكره أن المادة ٤ من مذهب أبي حنيفة الذي كان فيه هذه التفرقة ، ولكن المذكرة التفسيرية تنص على أن على الوصية بنصيب وارث معين تكون في حكمها كالوصية بمثل نصيبه على سواء ، ويجب أن تكون في ذلك قد اعتمدت على مذهب

(١) راجع شرح التبيين ج ٦ ص ١٨٨ .

أحمد، وتكون على الوصية بمثل نصيب وارث غير معين أو نصيبه من مذهب أحمد بن حنبل الذى يسوى بينهما فى الحكم .

١٠٦ — والوصية بمثل نصيب وارث غير معين ، أو بنصيبه مأخوذة من مذهب أحمد ، كما قلنا ، فقد جاء فى المغنى ^(١) :

« وإن أوصى بنصيب وارث ففيها وجهان : (إحدهما) تصح الوصية ، ويكون ذلك كالوصية بمثل نصيبه ، وهذا قول مالك وأهل المدينة واللؤلؤى ، وأهل البصرة ، وابن أبى ليلى وزفر وداوود ، (والوجه الثانى) لا تصح الوصية ، وهو قول الشافعى ، وأبى حنيفة وصاحبه ؛ لأنه أوصى بما هو حق للوارث ، فلم يصح ، كما لو قال بدار ابنى ، أو بما يأخذه ابنى . وجه الأول أنه أمكن تصحيح وصيته بحمل لفظه على مجازه ، فصح ... وبيان إمكان التصحيح أنه أمكن تقدير حذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه ، أى بمثل نصيب وارثه ، ولأنه لو أوصى بجميع ماله صح ، وإن تضمن ذلك الوصية بنصيب ورثته كلهم ، ^(٢) .

١٠٧ — إلى هنا قد تبين المصدر الفقهي للوصية بمثل نصيب وارث مسمى أو غير مسمى ، أو بنصيبه ، والمصدر الفقهي للوصية بجزء شائع ، مع وصية لآخر بمثل نصيب وارث ذكرت المذكرة التفسيرية أنه مذهب الإمام أحمد رضى الله عنه أيضا . والحكم الذى جاء فى ذلك المذهب ، هو اعتبار كل وصية كأنها وصية وحدها ، ولا وصية سواها ، ثم ينظران بعد استخراجهما مجتمعين لمعرفة اتساع الثلث لهما مجتمعين ، أو ضيقة عنهما .

وقد ذكرت فى شرح القانون وتخريجه أنه تعتبر المسألة مستقلة لاستخراج نصيب الموصى له بمثل نصيب أحد الورثة ، ثم يعلى هو وسهام الموصى له بجزء شائع على أساس سهام الورثة ، فإذا كانت الوصية بالربع ، واعتبر مجموع السهام الوارث الموصى بمثل نصيبه ١٥ فى ثلثة أرباع السهام سهام الورثة ، ويقدر نصيب

(٢) المغنى ج ٦ ص ٤٥٠ .

(١) المغنى ج ٦ ص ٤٤٨ .

الموصى له بمثل أحد الورثة بسهمه مضافا إلى سهام الورثة ، ثم يضاف إليها السهام المقدرة للموصى له بالجزء الشائع ، والمجموع هو مجموع السهام .

هذه هي الطريقة التي ذكرناها في تخريج المسائل وفق القانون ، وألفاظه لتحملها ، بل ترجحها ، وأساسها كما ذكرنا أن نجعل سهام الورثة هي الأساس لتقدير سهام الموصى له بجزء شائع ، وسهام الموصى له بمثل نصيب وارث ، بزيادة مقدار سهام ذلك الوارث ، وسهام الموصى له بجزء شائع .

ولكن ذكرت المذكرة التفسيرية أن المصدر مذهب أحمد فاخترنا الراجح فيه وهو غير طريقة يحيى بن آدم من ذلك المذهب ، وهي أن تحل المسألة على أساس أنه لا وصية غير الوصية بمثل النصيب وإذا علم مقدار هذه جمعت الوصيتان . فهي إحدى الطريقتين المنصوص عليهما في مذهب أحمد رضى الله عنه ، وأساسها كما ذكرنا أن يجعل عدد السهام للموصى له بجزء شائع على أساس أن الباقي بعد نصيبه هو مقدار سهام الورثة مع سهام الموصى له بمثل نصيب أحدهم ، فإذا كان مثلاً هناك ورثة هم : زوجة ، وأخ شقيق وأخت شقيقة وموصى له بالربع ، وموصى له بمثل نصيب الزوجة فإنه يكون للزوجة الربع بثلاثة أسهم ، وللأخ الشقيق ستة أسهم ، وللشقيقة ثلاثة ، وللموصى له بمثل نصيب الزوجة ثلاثة . وعلى هذه الطريقة يكون تقدير نصيب الموصى له بالربع على أساس أن ثلاثة الأرباع هي سهام الورثة ، والموصى له بمثل نصيبهم ، ومجموعها ١٥ فيكون الموصى له بالربع له خمسة ، ومجموع السهام ٢٠ .

١٠٨ — وهذه الطريقة التي اخترناها من مذهب أحمد هي طريقة غير طريقة يحيى بن آدم كما نوهنا ، ولقد ذكر المغنى الطريقتين ، وهذا نص ما جاء فيه :

« وإذا أوصى لرجل بجزء مقدر ، وآخر بمثل نصيب وارث من ورثته ، ففيها وجهان : (أحدهما) أن يعطى الجزء لصاحبه ، ويقسم الباقي بين الورثة والموصى له ، كأنه ذلك الوارث ، إن أجازوا ، وإن ردوا قسمت الثلث بين الوصيين على حسب ما كان لهما في حال الإجازة ، والثلثان للورثة .

« والوجه الثاني أن يعطى صاحب النصيب مثل نصيب الوارث كأن لا وصية

سواها ، وهذا قول يحيى بن آدم ، مثاله رجل أوصى بثلاث ماله لرجل ولاخر بمثل نصيب أحد بنيه ، وهم ثلاثة ، فعلى الوجه الأول للموصى له الثلث ، وما بقى بين البنين والموصى له على أربعة ، وتصح من ستة ، لصاحب الثلث سهمان ، وللآخر سهم ، فإن ردوا فالثلث بين الوصيين على ثلاثة ، والثلثان بين البنين على ثلاثة وتصح من تسعة ، وعلى الوجه الآخر لصاحب الثلث - الثلث ، وللآخر الربع إن أجزلهما ، وإن رد عليهما قسمت الثلث بينهما على سبعة ، ويصح من ٦٣^(١) .

وترى من هذا الوجه الذى ارتآه يحيى بن آدم أنه جعل للموصى له بالثلث الثلث ، ثم جعل نصيب الموصى له بمثل نصيب أحد الورثة خارج أصل المسألة بالنسبة للورثة ، وجعلهما معاً مقدرين بالسهم على أساس مجموع سهام الورثة .

وهذا لا يتفق مع الطريقة الراجحة التى اخترناها من مذهب أحمد ، لأن سهام الموصى بمثل نصيب أحدهم سيقدر على أى حال على أساس سهام الورثة . إنما الموصى له الآخر أتقدر سهامه على أساس سهام الورثة ، أم على أساس سهامهم وسهام الموصى له ؟ فيجيب بن آدم قدره على أساس سهام الورثة والباقى مع جعله والآخر فى مرتبة واحدة ، أما ما اخترناه فإنه قدره على أساس المجموع الكلى وحده ألا ترى أنه يقسم التركة على ستة ويجعل لصاحب الثلث اثنين ، لأن الثلثين أربعة ، ويجعل نصيب الموصى له بمثل نصيب أحدهم واحداً مضافاً إلى الثلاثة .

وغاية الفرق بين الطريقتين أنه يكون ما يخرج للموصى له بمثل نصيب أحد الورثة ينفذ من التركة كلها ، ويكون فى مرتبة الموصى له بحصة منها فى التقدير ، إذ كلاهما سيزادان على الفريضة الشرعية المقدرة للورثة وهذه طريقة يحيى بن آدم

(١) المغنى ج ٦ ص ٤٥٤ ، وطريق تخريجها من ٦٣ على فرض عدم الأجازة أن الثلث ينقسم على سبعة ، ثلاث لصاحب الربع ، وأربع لصاحب الثلث لأن النسبة بين الثلث والربع هى ٤ إلى ٣ ، فيكون أصل المسألة ٣ وثلاثها واحد لا يقبل القسمة على سبعة ، فيضرب أصل المسألة فى سبعة ، وكذلك إنثان وما الثلثان لا تقبلان القسمة على الثلاثة وهم البنون الثلاثة فيضرب أصل المسألة وهو ٣ فى ٧ وفى ٣ فيكون هكذا $٦٣ = ٣ \times ٧ \times ٣$

أما الطريقة الأخرى التي اخترناها من مذهب أحمد ، فنتفرق بينهما ، فتجعل نصيب الموصى له بجزء شائع مقدراً مقدماً في القسمة ، ثم تجعل الموصى له الثاني في التقدير مع الورثة تماماً ، فيدخل في الباقي بعد إخراج نصيب الموصى له بجزء مقدر .

١٠٩ — وإنما اخترنا هذه الطريقة ، لأنها هي التي تتفق مع القانون ومع أحكام الوصايا ، فإنها تعلق سهامها دائماً على سهام الورثة ، وتعتبر قدراً زائداً على أصل سهام الورثة .

نعم إن الفقهاء قالوا إن الموصى له بمثل سهام الورثة ، يقدر نصيبه بعد تقسيم السهام على الورثة ، ولكن ذلك فقط لتقديره ، أما من ناحية مرتبته ، فهو معلى على أصل المسألة ، ولذلك إذا كان في المسألة رد توزع السهام وترد ، ثم يقدر نصيبه بعد التوزيع بالفرض والرد .

وإن تلك الطريقة أيضاً هي التي تقرب من القانون ، إذ أنه أوجب أن تحل المسألة بين الورثة وبين الموصى له بمثل نصيبهم معلى نصيبه على سهامهم ، وهذا يجعله زائداً على سهام الورثة ، ويقدر الثلث على ثلث الكل ، والسهام الأخرى التي تفرض للموصى له بجزء شائع تقدر أيضاً على أساس مجموع سهام الورثة .

٤ - أنواع الموصى به

١١٠ م - لقد ذكر القانون أنواعا كثيرة للموصى به ، فأجاز الوصية بالعين رقبته ومنفعتها ، وأجاز الوصية بالرقبة وحدها ، وبالمنفعة وحدها ، وأجاز الوصية بالحقوق ، وقد شرحنا ذلك النوع من الوصايا في موضعه من بحثنا هذا ، وأجاز الوصية بالاقتراض والوصية بتقسيم التركة ، والوصية بالبيع لشخص معين والوصية بالمنافع ، والوصية بمرتبات محدودة ، وكل نوع من هذه الأنواع نذكره بكلمة معينة .

الوصية بالاقتراض^(١)

١١١ م - أجاز القانون الوصية بالاقتراض ، فإذا قال الموصى أوصيت بأن يقرض من مالى قدر معلوم من المال من غير ربا ، تصح الوصية وتنفذ بشرط أن يكون القدر الموصى بإقتراضه يخرج من ثلث التركة ، وإلا توقفت على إجازتهم فى القدر الزائد عن الثلث .

ولا شك أن الاقتراض يكون له أمد معلوم يجب على الموصى له أن يؤدي المال إلى الورثة من بعده ، والوصية بالاقتراض هى فى وضعها الفقهي من قبيل الوصية بالمنافع ، لأن القرض يعد تبرعاً بالمنافع من قبيل العارية . ولذلك نص فقهاء المذهب الحنفى على أن عارية الدراهم والدنانير قرض ، وإذا كانت الوصية بالاقتراض من قبيل الوصية بالمنافع ، فهى تقيد بأمد معلوم ، كما تقيد الوصية بالمنافع ولا بد أن يخرج المقدار الموصى بإقتراضه من ثلث التركة ، لكي تنفذ الوصية من غير إجازة أحد ، كما لا تنفذ الوصية من غير حاجة إلى الإجازة فى الوصايا بالمنافع إلا إذا كانت العين الموصى بمنفعتها لا يخرج من ثلث التركة ، (على تفصيل سنبينه فى موضعه) إذا كانت مدة الانتفاع تزيد على عشر سنين .

(١) الوصية بالاقتراض بينها المادة ١٢ ، ونصها : « تصح الوصية باقتراض الموصى له قدر معلوم من المال ، ولا تنفذ فيها زاد على ثلث التركة إلا بإجازة الورثة » .

وقد قالت المذكرة الإيضاحية أن الحكم بجواز الوصية بالقرض هو مذهب الحنفية ، وهم يقررون جواز ذلك مع أن الأجل في القرض عندهم غير لازم في حال الحياة ، لأن العارية في أصل وضعها عقد غير لازم ، والقرض نوع منها ، ولكنهم يقولون إن الأجل يلزم في حال الوصية بالإقراض .

وقد انفق جمهور الفقهاء مع الحنفية في عدم لزوم الأجل في القرض ، وخالفهم المالكية ، فقرروا أن الأجل يلزم إذا ذكر له أجل معلوم ، أوجرت العادة العامة بأجل معروف ، إذا لم يذكر أجل انصرف التوقيت إليه ، أو يكون المال المقرض جرت العادة إلى أن مثله يؤجل الأداء في إقراضه إلى أجل معلوم ، كقرض قح ، فإنه يؤجل الاداء عادة إلى وقت الحصاد .

ومهما يكن من أمر اختلاف الفقهاء في لزوم الأجل في القرض ، فلزومه في الوصية أمر لا بد منه لتحقيق إرادة الموصي ، ولذا ألزمه من لا يرى لزومه ، وهذا ما يهمننا في موضوعنا هذا .

الوصية بتقسيم التركة^(١)

١١٢ م — أجاز القانون للموصي أن يقسم تركته على حسب الميراث الشرعي بين ورثته ، فيعين نصيب كل واحد من الورثة في أعيان من ماله ليتمكن من تنظيم تركته ، وقسمتها بين الورثة على الوجه الذي يرى المصلحة فيه ، ويقضى على ما عساه يكون من خلاف بينهم على التقسيم بعد وفاته ، وليمكن للضعفاء من ورثته من أن يكون تحت أيديهم من التركة ما لا يشق عليهم استغلاله ، والوصية تكون لازمة على الورثة من غير حاجة إلى إجازتهم لها ، إلا إذا كان قد حان في قسمته بعض الورثة محاباة تجاوزت الثلث ؛ فإنها تتوقف على الإجازة في هذا الجزء الزائد على الثلث .

(١) الوصية بتقسيم التركة بينها المادة ١٣ ونصها : « تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصي ، بحيث يبين لكل وارث ، أو لبعض الورثة قدر نصيبه ، وتكون لازمة بوفاء الموصي ، فإن زادت قيمة ما عين لأحدهم عن استحقاقه في التركة كانت الزيادة وصية .

وذلك يسير على الأصل الذى جاء به القانون مخالفاً لجمهور الفقهاء المسلمين من أن الوصية للوارث فى الثلث جائزة من غير حاجة إلى اجازة ، فإن زادت على الثلث احتاجت إلى اجازة الورثة كالوصية للأجنبي على سواء .

١١٣ — والوصية بتقسيم التركة بين الورثة من غير زيادة لأحدهم عن الآخر قالت المذكرة التفسيرية إنه قد قاله بعض فقهاء الشافعية والحنابلة ، وقد وجدنا كتب الشافعية تصرح بذلك ، وإن لم يكن هو الراجح فى المذهب ، ووجدناه فى كتب الحنابلة رأياً مقابلاً لرأى آخر لم يرجح أحدهما على الآخر . ومن كتب الشافعية التى ذكرت ذلك الرأى نهاية المحتاج على المنهاج فقيه : « والوصية لكل وارث بعين هى قدر حصته كأن ترك ابنين ، وداراً وقنا قيمتهما سواء ، فخص كلا بواحدة صحيحة ، وتفتقر إلى الاجازة فى الأصح ، لاختلاف الأغراض بالأعيان ، ولذلك صحت ببيع عين من ماله لزيد ، سواء أكانت الأعيان مثلية أم لا ، والثانى لا تفتقر لذلك ، ^(١) .

وترى من هذا أنه يصرح بأن اللزوم من غير اجازة غيره أصح منه . ومن كتب الحنابلة التى صرحت بذلك المغنى والشرح الكبير ، فقد جاء فيهما : « إن أوصى لكل وارث بمعين قدر نصيبه ، كرجل خلف ابناً وبناتاً ، وعبدًا قيمته مائة ، وأمة قيمتها خمسون ، فوصى لابن بالعبد ، وللبنت بالأمة ، صحت الوصية فى أحد الوجهين ؛ لأن حق الوارث فى القدر لافى العين ، بدليل ما لو عاوض المريض بعض ورثته أو أجنبيًا بجميع ماله ، فإنه إذا كان يصح بشمن المثل ، وإن تضمن فوات عين المال ، والثانى يقف على اجازة الورثة ؛ لأن فى الأعيان غرضاً صحيحاً ، فكما لا يجوز إبطال حق الوارث فى قدر حقه لا يجوز فى عينه » .

١١٤ — وقبل أن نترك الكلام فى الوصية بتقسيم التركة نشير هنا إلى أن القانون المدنى الجديد قد تعرض لأحكام الوصية بتقسيم التركة .

(١) نهاية المحتاج ج ٥ ص ٤١

فقرر ان الوصية بهذا التقسيم تكون لازمة بالنسبة للورثة ليس لهم أن يخالفوها مادام نصيب كل واحد لا يزيد عن حصته في التركة ؛ وإن كان يزيد فإن الزيادة تعتبر وصية قائمة بذاتها^(١) ، بحيث تجرى عليها أحكام قانون الوصية من حيث جوازها ، وعدم جوازها ، وقد ذكرنا أن قانونها يجيزها ، إن كانت لا تتجاوز الثلث كالوصية لأجنبي على سواء ، ولا تنفذ إلا بالأجازة بالنسبة للزائد على الثلث .

وقرر أيضاً أن هذا التقسيم المضاف إلى ما بعد الموت ، يجوز للبالك أن يرجع فيه ، لأن كل الوصايا يجوز الرجوع فيها ؛ إذ هي من التصرفات غير اللازمة ، ولكنه بموته تصير لازمة^(٢) .

وإذا كانت القسمة لم تشمل جميع الأموال التي يملكها المورث عند الوفاة ؛ فإن القسمة بعد وفاته تلزم فيما قسمه ، وما لم يقسمه يكون بينهم على الشيوع بنسبة سهامهم في الميراث^(٣) .

وإذا مات أحد الورثة الذين دخلوا في القسمة ، فإن القسمة تنفذ فيهما عدا حصته إذا كانت أنصبتهم في الميراث لم تنغير ، وحصه المتوفى تكون بينهم على الشيوع ، كالجزة الذي لم تتناوله القسمة ، ويكون لكل واحد فيها بمقدار حصته ؛ وكذلك الحكم إذا كان أحد الذين قسم عليهم باعتبارهم وارثين لم يكن وارثاً بالفعل وقت الوفاة ، وذلك فيما يظهر من أحكام القانون .

الوصية بالتصرف في عين^(٤)

١١٥ م — الوصية كما ذكرنا تصرف يتسع لأمور كثيرة لا تتسع لها عقود الحياة ؛ لأنها شرعت للتوسيع على الشخص ، ليستطيع أن ينفذ في ثلث ماله

(١) اقرأ المادة ٩٨ (٢) اقرأ المادة ٩٠٩ (٣) اقرأ المادة ٩١١

(٤) أحكام هذا النوع من الوصايا ينهت المادة ٥٦ ونصها : « إذا كانت الوصية يبيع العين للموصى له بشئ معين ، أو بتأجيرها له لمدة معينة ، وبأجرة مساهمة ، وكان الثمن أو الأجرة أقل من الثلثين فالحش يخرج من الثلث ، أو بغير يسير نفذت الوصية ، وإن كان العين الفاحش لا يخرج من الثلث ، ولم يجز الورثة الزيادة ، فلا تنفذ الوصية إلا إذا قبل الموصى له دفع الزيادة

ما عساه يكون قد فاته في الحياة ، ولذلك صححت الوصية بالتصرفات ، فصح أن يوصى بشراء عين ، والوصية بها في جهة معينة ، ويكون على الورثة ، أو من يناط بهم أمر تركته تنفيذ ذلك ما دام في دائرة الثلث ، وتصح الوصية ببيع عين معينة لشخص معين بثمان معين ، وتصح الوصية بتأجيرها كذلك لمدة معينة ، وبأجرة معينة .

وإن صحة ذلك النوع من الوصايا منصوص عليه في الفقه الحنفي ، وفي فقه الشافعي ، وفي فقه الحنابلة ^(١) ، وهو في فقه مالك .

وقد طبق عليه القانون القواعد العامة التي تطبق في الوصايا ، وهي أن الثمن إن كان لا غبن فيه أو فيه غبن يسير مغتفر ، فإن الوصية تنفذ من غير إجازة أحد لأن الوصية ليس فيها مس بحق الورثة ، بل لا تمس التركة إلا بقدر لا يؤثر في أصلها ، وهو انتقال عين من ملكية وإحلال الثمن محلها .

وإن كانت الثمن أو الأجرة فيها غبن فاحش على التركة ، ولا تصل المحاباة فيه إلى حد تكون فيه أكثر من الثلث فهي نافذة أيضاً من غير حاجة إلى إجازة ، وإن كان الغبن الفاحش يضيق عنه الثلث ، ولم يجز الورثة الوصية ، لا تنفذ الوصية بجملتها ، إلا إذا قبل الموصى له دفع الزيادة عن الثلث ، فإن لم يقبلها لم تنفذ الوصية .

ولا شك أن هذا القبول يلاحظ المنصوص عليه في المواد الخاصة بالقبول ، أي أنه إذا لم يقبل أو يرد في مدة ثلاثين يوماً من تاريخ طلب القبول أو الردمنه اعتبر راداً .

الفرق بين الغبن اليسير والغبن الفاحش أن الغبن اليسير ما يدخل في تقويم المقومين ، والغبن الفاحش ما لا يدخل في تقويم ، وبعض الفقهاء حد حدوداً لما يدخل في تقويم المقومين ، وما لا يدخل ، وهذه الحدود تختلف باختلاف الأموال ، ففي العقار الفاحش خمسها ، وفي الحيوان عشرها ، وفي العروض نصف عشرها ، وما له سعر محدود كل زيادة فيه غبن ؛ لأن الزيادة لا تدخل في تقويم المقومين .

وأساس اختلاف المقادير على هذا الشكل هو مقدار اختلاف المقومين في

(١) قد نقل ذلك في نهاية المحتاج والفرح الكبير والمغني في الوصية بتقسيم التركة .

نوع المال ، فالخبراء تختلف تقديراتهم في العقار اختلافاً كبيراً ، بفعل الحدس ، والحيوان يكون الاختلاف كبيراً أيضاً ، ولكنه يكون أقل من العقار ، وفي العروض المختلفة الاختلاف فيها قليل . وماله سعر محدود معلوم في الأسواق لا يختلف أحد في تقويمه .

الوصية بالمنافع^(١)

١١٥ م — تشمل الوصية المنافع في نظر القانون كل وصية يكون الموصى به فيها ليس تملكاً لعين موجودة وقت وفاة الموصى أو بعضها ، فشمل الانتفاع بالسكنى والزرع ، وأخذ غلات الأعيان من أجرة أو ثمرة ، وكما تشمل الوصية بحقوق الارتفاق ، وحق التعلی ، والوصية بدفع قدر من المال شهرياً أو سنوياً من غلة العين ، كما تشمل الوصية بالأقراض ، والوصية بإجارة عين . وكما تشمل الوصية بتمليك منفعة العين ، وإباحة الانتفاع ، وسواء أكان

(١) عرف المرحوم الأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم المنافع تعريفاً حسناً هذا نصه :

« المراد بالمنافع ثمرات الأعيان المادية ، وما يستفاد منها بحسب ما هي مهبأة له خلقاً أو صنفاً ، أو جملاً ، سواء أكانت تلك الثمرات أعياناً مادية متولدة من الأصل ، أم غير متولدة ، أم كانت أعراضاً قائمة بتلك الأعيان ، والثمرات المتولدة تشمل ثمار الأشجار على اختلاف أنواعها ، والمحصولات الزراعية ، وغير المتولدة تشمل الأجور التي تعطى في مقابلة الانتفاع بتلك الأعيان ، واستعمالها ، كأجرة الأرض الزراعية ، والدور ، والمراد بالأعراض الصفات اللازمة للأعيان التي تكون بها صالحة للانتفاع بها ، كصلاحية الدواب للركوب ، والحمل ، والجري ، والدور للسكنى » .

وقد كان تعريف المذكرة التفسيرية للمنافع عاماً شاملاً ، فذكرت أنه الثمرات والغلات وحقوق الارتفاق ، والوصية بالأقراض ، وبالتأجير ، والوصية بقدر من المال يدفع شهرياً كما جعلت منه الوصية ببيع عين لشخص بحق معلوم ، والوصية بتقسيم التركة ، وفي جعل هذين من المنافع نظر ، ولذلك جعلنا كل واحد منها قسماً بذاته ، ولم نجعله من المنافع .

الموصى مالكا للعين والمنفعة أم مالكا للمنفعة فقط ، فيجوز أن يوصى المستأجر بمنفعة العين التي يملك منفعتها مدة الإجارة .

ومع أن الوصية بالمنافع تشمل كل هذا ، فإن بعضها يصح أن يكون له باب مستقل ، وقد أفردنا الكلام فيه ، فقد أفردنا الكلام في الوصية بحقوق الارتفاق ، وأفردنا الكلام في الوصية بالإقراض ، والوصية بالتصرف في العين ، لأن هذه لها أحكام يصح أن تنفرد بها عن سائر المنافع .

١١٦ م — والوصية بالمنافع جائزة باتفاق الأئمة الأربعة ، ومعهم جمهور فقهاء المسلمين ، ولم يعرف في هذا مخالف إلا ابن أبي ليلى ، وابن شبرمة ، وفقهاء أهل الظاهر ؛ كما جاء في بداية المجتهد ، ونهاية المقتصد لابن رشد .

وحجة المانعين أن المنافع تابعة للعين ملازمة لها ، لا تنفصل ملكيتها عنها ، فمالك العين مالك لمنافعها لا محالة ، لأن المنافع ثمرة الملكية وخاصتها التي لا تفارقها ، فلا يملك المنفعة أحد غير مالك العين إلا إذا كانت يده نائمة عن يد المالك للعين ، أو كان يتمكن مالك العين ، والوصية بالمنافع تتنافى مع ذلك ؛ لأن تنفيذ الوصايا بعد وفاة الموصى ، وبعد وفاة الموصى الملكية تكون للوارث ، فلا ينتفع أحد غيره إلا عن طريقه ، وفي امتلاك غيره بالمنفعة جبراً عنه بالوصية تجريد للمالك عن خواص ملكه ، وذلك لا يجوز .

وحجة^(١) المجيزين للوصية بالمنافع ، وهم الجمهور أن الوصية يتوسع فيها ما لا يتوسع في غيرها من العقود ، وقد جازت الإعارة في الحياة ، فتجوز الوصية وتنفذ بعد الوفاة ، وإن ملك المنفعة ومالك العين ليست الملازمة بينهما تامة بحيث لا تقبل الافتراق ؛ إذ لا دليل . على هذه الملازمة ، وأن العين عند ما ملكها الوارث ، قد ورثها ، وقد تعلق بها حق الموصى له في الانتفاع ؛ لأن كليهما قد تلقى الملك فيما خصص له بالخلافة ، الوارث بالخلافة الإجبارية ، والموصى له

(١) وقد قال المفتي في الاحتجاج للجمهور « إنه يصح تملكها بعقد المعاوضة ، فتصح الوصية بها كالأعيان ، ويعتبر خروج ذلك من ثلث المال » والمانعون يقولون الأجرة في هذه الحال للمالك العين ، فالمنفعة كانت تابعة للعين ، لأن الأجرة من المنافع ، كما تقدم ، ويد المستأجر نائبه .

بالخلافة الاختيارية ، ووقتهما واحد ، ولا مرجح لأحدهما على الآخر ،
ما دام الموصى لم يتجاوز ما حد له الشارع وهو الثلث :

وإن الموصى حر فيما ملكه في حال الحياة ، وفيما جعله له الشارع بعد الوفاة ،
وقد جعل له حق التصرف بعد الوفاة في ثلث ماله ، فيجوز له أن يملك عينه ،
ويجوز له أن يملك المنفعة ؛ لأن من ملك الأكثر ملك الأقل ، وله الولاية
في الثلث كاملة ، كما له الولاية في حال الحياة كاملة ، وقد جازت منه الإعارة
حال الحياة ، فتجوز منه الوصية بعد الوفاة على ما بينا .

١١٧ — والوصية بالمنافع كما يقرر الفقهاء ، وكما يقرر القانون ، لها أحوال
مختلفة : (١) فقد تكون وصية بالمنفعة مدة معلومة بعد الوفاة ، (٢) وقد
تكون وصية غير مؤقتة لموصى له معين ، (٣) وقد تكون وصية غير مؤقتة
أو مؤبدة لقوم غير محصورين يظن انقطاعهم ، أو لا يظن ، أو لجهة بر
لا تنقطع ، (٤) وقد تكون الوصية غير مؤقتة وهي لمحصورين ، (٥) وقد
تكون الوصية لمحصورين وغير محصورين .

ولكل قسم من هذه الأقسام أحكام خاصة ، وانتكلم فيها بإيجاز .

١١٨ — إذا أوصى بمنفعة ولم يطلق المدة ولم يؤبدها ، بل وقتها بوقت
معلوم ، فالأحكام واحدة بالنسبة للبعين وغير المعين محصوراً أو غير محصور^(١) .
وأساسها وجوب تنفيذ هذه المدة إذا جاءت بعد وفاة الموصى ، وقبل الموصى

(١) أحكام الوصية بمنفعة لوقت معلوم مبينة بالمادتين ٥٠ ، ٥١ وهذا نصهما :

المادة ٥٠ — إذا كانت الوصية بالمنفعة لمدة معلومة المبدأ والنهاية ، استحق الموصى له المنفعة
في هذه المدة ، فإذا انقضت المدة قبل وفاة الموصى اعتبرت الوصية كأن لم تكن ، وإذا انقضت
بعضها استحق الموصى له المنفعة في باقيها ، وإذا كانت المدة معينة القدر غير معلومة البدء بدأت
من وقت وفاة الموصى .

المادة ٥١ — إذا منع أحد الورثة الموصى له من الانتفاع بالعين كل المدة أو بعضها ضمن له
بدل المنفعة ما لم يرض الورثة كلهم أن يعوضوه بالانتفاع مدة أخرى . وإذا كان المنع من جميع
الورثة كان الموصى له بالخيار بين الانتفاع بالعين مدة أخرى ، وتضمينهم بدل المنفعة . وإذا كان
المنع من الانتفاع من جهة الموصى أو لعدد حال بين الموصى له والانتفاع وجبت له مدة أخرى من
وقت زوال المانع .

له الوصية ، وعلى ذلك إذا كانت المدة معلومة المبدأ والنهاية ، كان يقول أوصيت لفلان بسكنى دارى من أول سنة ١٩٤٠ إلى نهاية سنة ١٩٤٦ ومضت المدة كلها قبل وفاة الموصى ، فقد بطلت الوصية ، إذ انتهت المدة الموصى بها ، ويصير ذلك كهلاك الموصى به المعين قبل وفاة الموصى ، فإن الوصية تبطل ، فكذلك هنا .

وإن مات الموصى ، وفى المدة المعلومة بقية نفذت الوصية فى القدر الباقي ، إذ تعذر التنفيذ فى الجزء الذى مضى فبطلت فيه ، وصحت فى الباقي ، وصار ذلك كما إذا هلك بعض الموصى به المعين ، أو استحق ، فإن الوصية تكون فى الباقي . وإذا كانت الوصية غير معينة البدء ومعلومة القدر ، كأن يقول أوصيت بسكنى هذه الدار لفلان ثلاث سنين ، ولم يذكر ابتداءها ولا منتهائها ، إذ لو ذكر أحدهما لعلم كلاهما ، ففي هذه الحال تعتبر لمدة مبتدأة من وقت الوفاة ؛ لأن وقت تنفيذ الوصية هو وقت الوفاة ، فيعتبر ذلك الوقت هو ابتداءها .

وقد جاء فى المذكرة التفسيرية أنه يشترط أن تبدأ المدة المعلومة قبل مضى ثلاث وثلاثين سنة من وقت موت الموصى وإلا بطلت ، وذلك لمضى المدة الطويلة ، ويتصور ذلك إذا قال أوصيت لفلان مثلاً بمنفعة العين سنة إحدى وخمسين وقد مات سنة ١٩١٥ ، فإن الوصية تبطل ، لمضى هذه المدة .

وهذه الأحكام مأخوذة فى جملتها من مذهب أبى حنيفة ، ويوافق عليه جمهور الفقهاء ؛ لأن الوصية بالمنافع كتمليك المنافع فى حال الحياة يكون مؤقتاً بوقت معلوم ، إلا إذا أطلق فى الوصية ، فإن للإطلاق حكماً سنينيه ، وإذا كان التأقيت بمدة معلومة جائزاً ، فيكون التنفيذ فى هذه المدة ما أمكن التنفيذ .

وبعض الأحكام أخذ من مذهب الشافعى ، وهو ابتداء المدة المعلومة المقدار التى لم يذكر ابتداءها .

١١٩ — وإذا منع الموصى له من الانتفاع بالموصى به فى المدة المعلومة ، فقد ذكر القانون لذلك ثلاث صور :

الصورة الأولى — أن يكون بعض الورثة هو الذى منعه ، كأن يكون

موصى له بسكنى دار ثلاث سنين ، ذكر ابتدائها ، فجاء أحد الورثة وسكنها في تلك المدة ، ومنعه من سكنها ، يكون ذلك الوارث قد اعتدى على حقه ، فيثبت له ابتداء الحق في التعويض ، وذلك التعويض يكون بأحد أمرين : إما بأن يسكن في الدار مدة تساوى المدة التى منع من الانتفاع فيها إذا رضى الورثة ، وإما بأن يضمن له الوارث الذى منعه بدل المنفعة التى منعها ، وإن التعويض على الطريق الثانى هو الذى يثبت أصالة ، لأن الضمان هنا من ضمان التعدى ، وهو يثبت على المعتدى وحده ابتداء ، ولا يمكن تضمينه إلا بالقيمة ، ولا سبيل للتضمنين بالطريق الثانى ، لأن سائر الورثة ليس منهم تعد ، فلم يكن له تضمينهم بأخذ العين ، والانتفاع بها مدة أخرى إلا إذا رضوا هم بذلك ، فإنه فى هذه الحال يجوز له الانتفاع مدة أخرى ، وينفذ ذلك على أن يكون الموصى له بالاختيار بين الأمرين فى هذه الحال .

الصورة الثانية — أن يمنع الورثة مجتمعين من الانتفاع فى المدة المعلومة ، وفى هذه الحالة يكونون جميعا متعددين ، فيثبت عليهم جميعا ضمان ذلك التعدى ، وللضمان طريقان : أحدهما أن يعوضوه عما منع بأداء بدل المنفعة فى تلك المدة . وثانيهما — أن يمكنوه من الانتفاع مدة أخرى ، وله أن يختار إحدى الطريقتين . فى التعويض من غير رضاهم ، وهم يلزمون بما يختاره .

الصورة الثالثة — أن يمنع الانتفاع بسبب من جهة الموصى ، أو بعذر يحول بين الموصى له والانتفاع ، ومثال الأول أن يكون الموصى قد أجز العين الموصى بها لغيره ، واستمرت الاجارة نافذة من بعد موته إلى نهايتها على مقتضى بعض المذاهب ، ومثال الثانى أن تكون العين تحتاج إلى إصلاح ليتم الانتفاع ، فأجرى الإصلاح ، وأخذ مدة من زمن الوصية ، فلا ضمان على أحد ، إذ لا تعدى من أحد الورثة ، فليس ثمة ضمان تعد ، ولكن الوصية لم تنفذ ، وقد قبلها ، فصار له حق تنفيذها ، وقد حالت الأمور دون التنفيذ ، فيحق له التنفيذ فى مدة أخرى تحل محل الأولى .

ولا شك أن المنع من الانتفاع ، إنما يتأتى فى الحال التى يكون الانتفاع فيها

بالاستعمال الشخصى ، أما إذا كان الانتفاع بالاستغلال فالغلة مادام لم يتسلها ،
ففى حق له ثابت فى ذمة من منعه من الاستغلال .

وقد ذكرت المذكرة التفسيرية أنها أخذت أحكام المنع من الانتفاع من
مذهب الشافعى رضى الله عنه ، وهو يخالف مذهب أبى حنيفة فى أن الورثة
أو أحدهم لو كانوا سبباً فى المنع لوجب بدل المنفعة وهو القيمة ، لأن ضمان التعدى
يكون بضمان القيمة فى المنافع ، إذ المنافع لا تعتبر من المثليات ، حتى تعوض بمثلها ،
والقانون وهو مأخوذ من المذهب الشافعى جعل للموصى له الخيار بين البدل
وبين الانتفاع مرة أخرى ، وإذا لم يكن تعد فلا ضمان عند الحنفية لا يبدل
المنفعة ، ولا يمثّلها ، لأنه لا موجب للضمان .

١٢٠ — هذا بيان الحال الأولى فى الوصية بالمنافع ، وهى الوصية بمنفعة
محدودة الآمد ، أما القسم الثانى ، وهى المطلقة عن الزمن أو المؤبدة ، وكان
الموصى له شخصاً معيناً ، فإن الموصى له يستحقها مدة حياته ^(١) ، سواء أنص
على التأييد أم نص على أنها مدة حياته ، أم أطلقت عن المدة ، وذلك لأن
الإطلاق عن المدة ينصرف إلى انتفاعه الكامل ، وذلك بانتفاعه مدة حياته ،
والتأييد إذا ذكر يراد منه ما يناسب تقييد الوصية بانتفاع شخص الموصى له ،
وذلك لا يكون إلا بتقييد الانتفاع مدة حياته .

والوصية بالمنفعة ربما لا تبتدىء بالنسبة للموصى له من وقت الوفاة ، بل قد
تبتدىء بعد مضي فترة ، وذلك إذا كانت الوصية لمن سيوجد لفلان من أبناء
مثلاً ، فى هذه الحال يشترط لاستحقاق المنفعة ألا يمضى ثلاث وثلاثون سنة
شمسية ، تبتدىء من وقت وفاة الموصى له إلى وقت وجوده واستحقاقه .

وقد ذكر ذلك الشرط عند بيان مدة المنفعة إذا كان الموصى له معيناً ،

(١) هذا هو نص المادة الحادية والستين : « إذا كانت الوصية بالمنفعة لمين مؤبدة ، أو لمدة
حياته ، أو مطلقة استحق الموصى له المنفعة مدة حياته ، بشرط أن ينشأ استحقاقه للمنفعة فى
ثلاث وثلاثين من وفاة الموصى » .

ولم يستحق الانتفاع بمجرد وفاة الموصى . ولقد يتصور تراخي الاستحقاق عن الوفاة ، بأن يكون الاستحقاق مقيداً بشرط ، ولم يوجد ذلك الشرط في الموصى له ، كأن يقول : إن منفعة هذه الدار وصية لفلان يسكنها ، إن فصل من الحكومة مثلاً ، ولم يتحقق ذلك الشرط ، إلا بعد وفاة الموصى بأكثر من ثلاث وثلاثين ، فإنه في هذه الحال تسقط الوصية .

١٢١ — وقد قررت المذكرة التفسيرية أنها أخذت أحكام الاستحقاق مدة الحياة من مذهب الحنفية ، والسقوط بمضى ثلاث وثلاثين سنة من رأى ابن أبي ليلى الذى لا يجيز صحة الوصية بالمنافع .

ولقد جاء فى المذكرة التفسيرية فى هذا الموضوع مانصه « والأحكام بالنسبة لمن استحق فى أثناء المدة مأخوذة من مذهب الحنفية ، إذا كان المستحق موجوداً حين موت الموصى ، ومن مذهب المالكية إذا وجد بعد الموت ، وبالنسبة لمن لم يستحق فى أثناءها مأخوذة من مذهب الحنفية ، إذالم يكن موجوداً حين الموت ، ومن مذهب ابن أبى ليلى الذى لا يجيز الوصية بالمنافع إذا كان موجوداً فيه . » وهذا الكلام فى بعضه نظر ، لأنه فرض احتمال عدم وجود الموصى له المعين وقت موت الموصى ، ثم وجوده بعد ذلك ؛ وذلك الفرض باطل لأنه يتناقض مع أحكام القانون ، إذ أنه يشترط لصحة الوصية إذا كان الموصى له معيناً أن يكون موجوداً وقت الوصية ، وأن يستمر موجوداً إلى ما بعد الموت ، ففرض عدم وجود الموصى له بالمنفعة المعين فرض باطل لا يلتفت إليه إلا إذا أريد ما يشمل المعرف بالوصف ، فإن الفرض يستقيم .

١٢٢ — هذه هى الحال الثانية ، ولننتقل إلى بيان الحال الثالثة ، وهى الوصية بالمنافع المؤبدة أو المطلقة عن المدة إذا كانت لقوم غير محصورين^(١)

(١) أحكام الوصية بالمنافع غير المؤقتة للموصى لهم المحصورين وغير المحصورين بينها المادة ٥٢ ونصها : « إذا كانت الوصية بالمنفعة لقوم غير محصورين لا يظن إقطاعهم ، أو لجهة من جهات البر وكانت مؤبدة أو مطلقة استحق الموصى لهم المنفعة على وجه التأيد فإذا كانت الوصية مؤبدة =

فإن كانوا لا يظن انقطاعهم ، أو لجهة لا يظن انقطاعها ، فالمنافع في هذه الحال تكون الوصية بها على التأيد ولا تنتهي ، فإذا أوصى بغلات عين للفقراء أو بها على مسجد ، أو مدرسة ، أو مستشفى ، كانت الغلات لهذه الجهات على التأيد ، وصار التصرف من بعد الوفاة وفقاً جاء في شكل وصية ، وتكون العين وفقاً من كل الوجوه بعد الوفاة .

وإن كان غير المحصورين يظن انقطاعهم كبنى فلان استحق الموصى لهم المنفعة إلى انقراضهم ، إن لم تكن له مدة معلومة ، أو يمكن أن تعلم ، وإن امتدت مئات السنين . وعندى أنها في هذه الحال تكون العين موقوفة ، وإن كان وقفاً منقطعاً في النهاية ، وإن ذلك جاء بمقتضى قانون الوقف ، فإن الوقف المنقطع يعود إلى الواقف أو ورثة الواقف ، وكذلك هنا تعد الوصية بالمنافع وقفاً ، حتى إذا انقضى بعد ذلك انتهى الوقف وتعود العين بعدها إلى ورثة الموصى ، ولا تتغير الأحكام بهذه التسمية .

١٢٣ — ولقد ذكرت المذكرة التفسيرية أنها أخذت أحكام الوصية بالمنفعة المطلقة أو المؤبدة إذا كان الموصى له لا يظن انقطاعه من المذهب الحنفي ، وإذا كان يظن انقطاعه فأحكامه من المذهب المالكي ، والحقيقة أن أحكام النوعين تتفق مع مذهب مالك ، وما ذكرت أنه من مذهب أبي حنيفة لا تتفق أحكام القانون فيه مع أحكام ذلك المذهب تمام الاتفاق .

وذلك لأن الوصية بالعين لغير المحصورين في المذهب الحنفي لا تجوز إلا إذا كان في اللفظ ما ينبيء عن الحاجة ، ويفرض أنهم لا ينقطعون ، لأن من لا يحصون في الغالب لا ينقطعون ، وإذا كانت الوصية بالمنفعة لمن لا يحصون كان لا بد من توافر هذا الشرط أيضاً ، وهو أن تنبيء ألفاظ الوصية عن الحاجة ، وتكون وفقاً ، فلا تكون الرقبة للورثة ، والمنفعة للموصى لهم ، بل تكون الرقبة على حكم ملك الله تعالى ، كما هو الشأن في الوقف ، ويقال عن ذلك الوقف إنه الوقف

== أو مطلقة لقوم غير محصورين يظن انقطاعهم استحق الموصى لهم المنفعة إلى انقراضهم ، وتجب مراعاة أحكام المادتين السابقتين إذا كانت الوصية بمدة معلومة المبدأ والنهاية ، أو معينة القدر غير معلومة المبدأ والنهاية .

الذى ينشأ بالضرورة ، ولذا قال ابن عابدين نقلا عن فتح القدير وغيره :

« ثبت الوقف بالضرورة ، وصورته أن يوصى بغلة هذه الدار للمساكين أبداً ، أو لفلان وبعده للمساكين أبداً ، فإن الدار تصير وقفاً بالضرورة . . والوجه أنها كقوله إذا مت فقد وقفت دارى على كذا . . وذكر في البحر منها لو قال اشترؤا من غلة دارى هذه كل شهر بعشرة دراهم خبزاً ، ورفقه على المساكين صارت الدار وقفاً ، وعزاه في الذخيرة ، وبسطه في أنفع الوسائل ، وقال لا أعلم في المسألة خلافاً بين الأصحاب ، (١) . »

وإذا كان ذلك النحو من الوصية وقفاً عند الحنفية اشترط فيه ما يشترط لصحة الوقف عندهم ، وهو أن يكون عقاراً الخ ، وعلى ذلك لا تصح الوصية بمنافع المنقول لمن لا يحصون ، ولو كان بعبارة تنبئ عن الحاجة ، ولذلك نص في الدر المختار على أنه لو أوصى بظهر مركبه في سبيل الله بطلت الوصية ، لأن وقف المنقول باطل . .

وإن هذا كله يخالف القانون ، لأن القانون لم يشترط في الوصية بالمنافع أو بغيرها لمن لا يحصون أن تكون ألفاظ الوصية تنبئ عن الحاجة ، ولأن القانون لم يفرق في الوصية بالمنافع بين العقار والمنقول ؛ وهذا كله لا يجعلنا نميل إلى اعتبار القانون قد أخذ من مذهب أبي حنيفة .

وإن المسلك المستقيم أن نقول : إن القانون استقى أحكام الوصية بالمنافع لمن لا يحصون ، سواء أ كان يظن انقطاعهم أم لا يظن من مذهب مالك ، فإن مالكا رضى الله عنه يجيز الوصية لمن لا يحصون بالمنافع وغيرها ، سواء أ كانوا ينقطعون في غالب الظن أم لا ينقطعون من غير تقييد بعقار أو منقول ، وسواء أ كان ما ينبئ عن الحاجة أم لم يكن ، وإن كان الصرف يكون إلى المحتاجين ، ولو خرجت الوصية على أنها وقف ، واعتبرت كذلك ، كانت الأحكام متسقة مع ذلك المذهب الواسع المدى ، لأن الوقف يجوز عند المالكية مؤقتاً وموئداً ، ولا

يشترط فيه النص على جهة البر : ويكون في العقار والمنقول من غير تخصيص .

١٢٤ - هذا هو حكم الحالة الثالثة من أحوال الموصى لهم بالمنفعة ، أما الحال الرابعة^(١) ، وهي حال الموصى لهم بالمنافع مطلقة أو مؤبدة ، وكان الموصى لهم محصورين ، كأن يقول أوصيت لبنى فلان أوزريته وهم يحصون . فإن الذين يكونون موجودين منهم عند الوصية يأخذونها ، ومن يوجدون بعد ذلك يشاركونهم ، وهكذا ، فإذا كانت الوصية بالمنفعة للطبقة الأولى فقط كانت لهم مدى حياتهم ، حتى ينقرضوا ، ويكون اليأس من وجود غيرهم ، فإذا كان ذلك عادت العين إلى التركة ، وقد شرحنا ذلك في الكلام في الموصى له إذا عرفه الموصى بالوصف ، وكان محصوراً ، وذكرنا أن مصدر ذلك الحكم هو مذهب الامام مالك رضى الله عنه .

وإذا كانت الوصية تشمل عدة طبقات تتوارد على الوصية جيلا بعد جيل ، كالوصية بمنافع دار لذرية فلان ، فإن الذرية لا يكون مسماها طبقة واحدة ، بل تشمل الطبقات التي تنتسب إليه ، ففي هذه الحال كان مقتضى الإطلاق أن تكون الوصية بالمنافع للذرية جيلا بعد جيل ، مهما يتكاثروا وينسلوا إلى أن ينقرضوا ، وربما لا يكون ذلك ، وهذا ما تدل عليه العبارات في المذهب المالكي ، الذي هو المصدر الفقهي لأحكام القانون الخاصة بالموصى لهم المحصورين ، ولكن القانون لم يجعل في هذه الحال الاستحقاق إلا لطبقتين

(١) بينت أحكام هذه الحال المادتان ٢٧ ، ٢٩ ، وهذا نصها : إذا كانت الوصية لمن ذكر أو في المادة السابقة (من يحصون) بالمنافع وحدها ولم يوجد منهم أحد عند وفاة الموصى كانت لورثة الموصى ، وإن وجد مستحق حين الوفاة أو بعدها كانت المنفعة له ، ولكل من يوجد بعده من المستحقين إلى حين انقراضهم ، فتكون المنفعة لورثة الموصى ، وعند اليأس من وجود غيرهم من الموصى لهم ردت العين لورثة الموصى .

المادة ٢٩ - إذا كانت الوصية بالمنافع لأكثر من طبقتين ، لا تصح إلا للطبقتين الأوليين ، فإذا كانت الوصية مرتبة الطبقات يكون استحقاق الطبقة الثانية عند اليأس من وجود أهل الطبقة الأولى ، أو انقراضهم ، واليأس من وجود غيرهم مع ملاحظة الأحكام الواردة بالمادتين السابقتين ، وإذا انقرضت الطبقتان كانت العين تركة ، إلا إذا كان قد أوصى بها ، أو ببعضها لغيرهم .

اثنتين فقط ، وهما الطبقتان الأوليان من ذرية الموصى له ، فإذا لم يكن أحد من هاتين الطبقتين عادت المنافع إلى ورثة الموصى تابعة للرقبة ، إذ الرقبة لم تخرج ملكيتها عنهم ، أو تعود المنفعة لمن نص عليهم بعد الذرية (١) .

وإذا كانت الوصية غير مرتبة الطبقات ، فإن المنفعة توزع على من يوجدون من الطبقتين على عددهم وسهم بالتساوى أو بغيره على حسب النص ، ففي كل عام يعد من الطبقتين من يتوافر فيهم سبب الاستحقاق ، وتوزع الغلات عليهم على حسب نص الموصى بالتساوى ، أو بالتفاضل الذى بينه .

وإن رتب الطبقات ، فإن الغلة تكون لأهل الطبقة الأولى . من وجد ، ومن سيوجد إلى أن تنقرض تماماً ، ويكون اليأس من وجود أحد منها ، بأن يكون أب هذه الطبقة قد مات ، فإن المنفعة تنتقل إلى الطبقة التى تليها لمن وجد منهم ، ومن سيوجد ، إلى أن ينقرضوا ، وتعود المنفعة إلى الورثة من بعدهم ، أو لمن نص عليهم بعد الذرية .

وقد قيد الانتفاع بهاتين الطبقتين فقط برأى اجتهدى ، لأنه لوحظ أن الوصية على الذرية ، وقد تتكاثر الذرية ، حتى يكون ما يخص كل واحد قليلاً ، ويجرى التنازع بينهم ، ويأكل النظار الغلات ، ولا يأخذ المستحقون إلا الفتات المتساقط من أيديهم ، فرؤى قصره على طبقتين ، وقد لوحظ ذلك فى الوقف ، والوصية بالمنافع التى هى أخت الوقف ، فهما يتشاكلان فى الحقيقة والمظهر ، حتى عدهما الفقهاء فى كثير من الأحوال نوعاً واحداً ، فلما قيد الوقف على الذرية بطبقتين ، قيدت الوصية بالمنافع للذرية بطبقتين أيضاً .

١٢٥ — هذه هى أحكام الوصية بالمنافع للحضورين ، ويجب التنبيه على ثلاثة أمور :
الأمر الأول — ان القانون لم يصرح بمن تصرف له الغلة إذا انقرضت الطبقة

(١) كان هذا ليتفق قانون الوصية مع الوقف ، وقد فسر قانون الوقف معنى الطبقة فى المادة الخامسة ، فاعتبر كل من يسمي أو يعين بالعين طبقة ، فإذا قال أوصيت لأولاد فلان فلان وفلان ، وأولادهم فلان وفلان من بعده لمن رتبهم اعتبر المسمين طبقة ، والثانية من يجيئون بعدهم ، وإن لم يسم رتب ، أو لم يرتب ، فكل بطن طبقة .

الأولى، ولم يكن يأس من وجود آحاد منها في المستقبل كأن يوصى لذرية شخص ويكون له أولاد ثم يموتون في حياته عن أولاد لهم، فلن تكون الغلة؟ أتصرف إلى الطبقة الثانية. وقد اشترط القانون لاستحقاقها اليأس من وجود أحد من الطبقة الأولى، ولم يكن هذا اليأس بعد، أم إلى الورثة تبعاً للعين، باعتبار أن شرط الاستحقاق للجهة الثانية لم يوجد، ففسير على مقتضى الأصل، وهو تبعية الغلة للعين؟ الظاهر هو ذلك لهذا السبب، وعدم إمكان إعطاء الطبقة الثانية، لعدم توافر سبب الاستحقاق.

الأمر الثاني — أن نصيب من يموت لا يكون لذريته إلا بنص، وهذا مخالف لقانون الوقف، في الوقف على الذرية، إذ نصيب المستحق ينتقل إلى ذريته بمقتضى المادة ٣٢، إذا كان الوقف مرتب الطبقات، ولو لم يشترط الواقف ذلك، ولقد ذكرت لجنة العدل بمجلس الشيوخ أنه إن نص على الطبقة الثالثة تكون الوصية صحيحة، إن كانت بامتلاك العين، وتكون المنفعة للموصى لهم تبعاً للعين، وإن لم يكن نص تعود العين بمنفعتها لورثة الموصى.

الأمر الثالث — أن مسألة نقض القسمة هنا، ليست كالوقف، إذ الطبقة الثانية تستحق بالتساوي دائماً إذا لم ينص على غيره، وإذا كان الموصى قد اشترط أن ذرية من يموت من الطبقة الأولى يكون نصيبه لذريته، فالظاهر أنه تنقض القسمة عند انقراض الطبقة الأولى، لأن القسمة على الطبقة الثانية تكون بالتساوي بمقتضى ما ندل عليه العبارات التي اقتضت الترتيب.

وترى من هذا مخالفة أحكام الوصية للوقف في أمر واحد، قد اتحد فيه الغرض، والموضوع والوضع الفقهي؛ فإن الوصية في مثل هذه الأحوال كالوقف من كل الوجوه، وقد أقر القانون بهذه الحقيقة، ولذا قيدها بطبقتين كإقيدته، وكان ينبغي أن تتحد الأحكام فيها في هذا الموضوع من كل الوجوه، بسبب ذلك الاتحاد، إذ حيثما اتحد المقصد من التصرف وموضوعه، وجب أن يتحد العلاج والتنظيم بالقانون.

١٢٦ — وإن تقييد الاستحقاق بطبقتين قد اعتمد فيه واضع القانون على

دراى ابن أبى لىلى الذى يمنع الوصية بالمنافع إطلاقاً ، فى إجازة صرف الغلات إلى طبقتين كان المعتمد مذهب مالك ، وفى المنع فيما وراء ذلك كان المعتمد هو دراى المانعين للوصية بالمنافع إطلاقاً ، والدافع إلى ذلك التلفيق هو ما لاحظته واضعوا ذلك القانون من قلة الأنصبة عند كثرة المستحقين ، وفساد الإدارة ، وخراب الأعيان ، بسبب تلك الكثرة ، وقلة الأنصبة ، كما أشرنا من قبل .

١٢٧ — هذه أحكام الحال الرابعة من أحوال الموصى لهم بالمنافع ، ولنتنقل إلى بيان الحال الخامسة ، وهى حال^(١) الموصى لهم إذا كانت الوصية بالمنفعة لمدة معينة ، لقوم محصورين ، ثم من بعدهم لمن لا يظن انقطاعهم كالمساكين ، أو لجهة من جهات البر كمسجد ، ومستشفى ، وفى هذه الحال إن كانوا موجودين وقت وفاة الموصى استحقوا المنفعة المدة المعلومة ، كالمعين^(٢) ، فإنه يأخذ المنفعة المدة المعينة ، ثم بعد انتهاء المدة تؤول المنفعة إلى جهة البر ، وإن كانوا غير موجودين وقت الوفاة ، ويظن وجودهم بعدها ، فإن الغلة تكون لجهة بر عامة حتى يوجد من المحصورين من يستحقها فإنه يأخذها ، وتستمر لهم إلى أن تنتهى المدة المعلومة ، فمثلاً إذا قال أوصيت لبنى فلان بغلات عشرين فدائاً من أرضى لمدة خمسين سنة ، ومن بعدهم تكون لمستشفى المواساة ، فإن كانوا موجودين وقت

(١) بينت أحكام هذه الحال المادة ٥٣ ، وهذا نصها : « إذا كانت الوصية بالمنفعة بمدة معينة ، ولقوم محصورين ، ثم من بعدهم لمن لا يظن انقطاعهم ، أو لجهة من جهات البر ، ولم يوجد أحد من المحصورين فى خلال ثلاث وثلاثين سنة من وفاة الموصى ، أو فى خلال المدة المعينة بالمنفعة ، أو وجد فى خلال هذه المدة ، واقرض قبل نهايتها ، كانت المنفعة فى المدة كلها ، أو بعضها على حسب الأحوال لما هو أهم نفعاً من جهات البر » .

(٢) لم يذكر القانون الوصية لمعين ، ومن بعده على جهة البر ، والحكم فى هذه الحال واضح من مجموعة أحكامه ، فإنه يستحق المنفعة فى المدة المعينة ، إن كانت المدة معينة ، ويستحق طول حياته إن لم تكن معينة ، ومن بعدها لجهة البر . وكذلك لم يصرح القانون بالحكم إذا كانت الوصية غير مؤقتة لمحصورين ، ومن بعدهم على جهة بر ، وفى هذه الحال يأخذ طبقتان ، ومن بعدهما تكون لجهة البر .

وفاة الموصى استحقوا الغلة ، وتبتدى المدة لهم ، وإن لم يكونوا موجودين ، تبتدى المدة من وقت وجودهم ، وتكون الغلات لجهة بر عميمة النفع ، حتى يوجدوا بمقتضى أحكام المادة ٢٨ ، لأن الوصية لم يبتدى تنفيذها لهم ، وما دامت لم تنفذ فالغلات لجهة بر عميمة النفع ، لأن الوصية فى هذه الحالة وقفت كما جاء فى المذكرة التفسيرية .

وقد يحدث أن تستمر الوصية أمداً طويلاً لا تنفذ ، فى هذه الحال قد ذكر القانون مدة معلومة هى ثلاث وثلاثون سنة تكون الغلات بعدها لجهات البر .

وعلى ذلك إذا لم يوجد أحد من أولاد فلان هذا فى مدى ثلاث وثلاثين سنة لا تكون المنفعة فى المدة المعينة لبنى فلان وإن وجدوا من بعد ذلك ، أى أن مرور ثلاث وثلاثين سنة يسقط حقهم ، لأنها أقصى المدة التى تسمع فيها الدعاوى فى الشريعة ، وأقصى المدة التى تسقط بها الحقوق فى القانون المدنى ، ولكن لا تكون المنفعة فى المدة المعلومة أو باقىها لمن يلى هؤلاء المحصورين ، بل تكون لجهات البر التى يعم نفعها ، سواء أكانت هذه الجهة التى نص عليها أم غيرها .

(٢) وإن لم يوجد المستحقون للوصية أصلاً ، وحصل اليأس من وجودهم بأن مات ، الرجل ولم يعقب ، فالغلة بعد اليأس وقبله كالغلة بعده حتى ثلاث وثلاثين سنة تكون لأعم جهات البر نفعاً ، إلى أن تنتهى المدة المعلومة ، فتكون لجهة البر المنصوص عليها .

(٣) وإن وجد المستحقون ، ثم انقرضوا مع اليأس من وجودهم ولم تنته المدة المعلومة ، فى هذه الحال تكون الغلات إلى نهاية المدة لجهات البر الأعم نفعاً ، وبعد انتهاء المدة تكون المنفعة لجهة البر .

١٢٨ — هذه خلاصة ما فهمناه من نصوص المادة ٥٣ والمادة مجملة ، وإليك نص المذكرة فى تفسير هذه المادة :

« إن كانت الوصية لمحصورين كأولاد ذين مدة معينة ، ومن بعدهم لمن لا يظن انقطاعهم كالفقراء ، أو لجهة من جهات البر ، كانت العين الموصى بمنفعتها وفقاً ، فتخرج العين عن ملك الواقف ، وعلى هذا الأساس إذا لم يوجد أحد من

المحصورين أو وجد بعد ثلاث وثلاثين سنة^(١) شمسية من وقت موت الموصى ، أو استحقوا الوصية ، وانقرضوا قبل انتهاء مدة المعينة لهم كان الوقف متقطعاً في كل المدة أو باقيةا ، وتكون المنفعة حينئذ لما هو أعم نفعاً للعباد ، سواء أكان جهة البر الموصى لها ، أم جهة بر أخرى أعم نفعاً ، لأن المقصود التقرب إلى الله ، والمصلحة في أن تصرف الوصية لما هو أعم نفعاً ، وبعد انتهاء المدة المعينة تكون الوصية للجهة الموصى لها ، :

هذا نص المذكرة التفسيرية ، وتراها لم توضح مبهم المادة إلا قليلا ، ولم تفصل ما أجملت ، ومع إبهامها نلاحظ عليها أمرين :

أولهما — أنها ذكرت أن الوصية على هذا النحو تكون وقفاً ، ولا شك في هذا ، وقد قررنا أن كل وصية لمن لا يحصون أو لجهة بر لا يظن انقطاعها أو تنتهي إلى ذلك تكون وقفاً ؛ ولكنها ذكرت أن العين تخرج من ملك الواقف ، وهذا لا يتفق مع أحكام قانون الوقف ولا مع أحكام الوصايا ؛ لأن الوصية لمن يحصون ، ومن لا يحصون مأخوذة من مذهب مالك ، وأكثر أحكام قانون الوقف الجديد مأخوذة من مذهب مالك ، وخصوصاً الوقف المؤقت ، والوقف المنقطع ، ولهذا وجب الأخذ في حكم أعيان الوقف من حيث الملكية بمذهبه ، وهو يقرر أن الوقف لا تخرج فيه العين عن مالكة الأصل ، وخصوصاً أن القانون جعل الوصية لمن لا يحصون في حكم الوقف ، ولم يشترط أن تكون الوصية بمنفعة عقار ، بل أجازها بمنفعة كل ذى منفعة ، فكان ذلك سيراً على مقتضى مذهب مالك ، ولكن واضعى المذكرة نهجوا منهج القديم ، وهو مذهب أبى حنيفة وقالوا هذ القول .

ثانيهما — أن المذكرة ذكرت أنه وقف منقطع ، ولم تبين مبدأ الانقطاع أهو من وقت الوفاة ، أم من بعد مضي ثلاث وثلاثين سنة ، وبعد اليأس من

(١) في أصل المذكرة (ثلاثين سنة) ولكن المذكرة كانت موضوعة على أساس مفعوع

القانون قبل تعديله ، وقد عدل على أساس ٣٣ سنة هـ .

وجوده مع ملاحظة أنهم إن كانوا موجودين وقت الوفاة ، ثم انقضىوا ، وحصل اليأس من وجودهم يكون الانقطاع من ذلك الوقت ، أما إذا لم يوجدوا أصلاً أو لم يوجدوا إلا بعد مضي المدة ، فذلك من مواضع الإبهام ولم تتعرض له بشيء .

١٢٩ — لذين الأمرين وغيرهما لم نعتد على المذكورة في توضيح المادة ، وفتح مغلقتها ، بل اعتمدنا على القانون في تفسيرها ، واستضأنا بالمبادئ العامة لهذا القانون ؛ ومصادره الفقهية في المواد الخاصة بالوصية لمن لا يحصون ، فكان عمادنا في التفسير يقوم على ثلاثة أمور :

أولها — كون المواد الخاصة بالوصية لمن يحصون ومن لا يحصون ، والذين سيوجدون من بعد مأخوذة بوجه عام من مذهب الإمام مالك ، وهو يقرر أمرين : (أحدهما) أن ملكية العين في الوصية بالمنافع لا تخرج عن الموصى وورثته ، وأن الوصية إذا لم تنفذ تكون الغلة في الملكية تابعة للعين ، والوصية إذا لم يوجد الموصى لهم المحصون ، ولم تمض مدة ثلاث وثلاثين سنة لم تنفذ ، ولم يوجد حكم قانوني قد صرح به في توزيعها ، فلم يبق إلا أن نرجع إلى الأصل الفقهي لهذا النوع من الوصايا ، فيها وهو مذهب مالك ، فتكون الغلة للورثة لو لم يكن نص ولكن نص على جهة البر الأعم نفعاً فتكون لها بمقتضى نص القانون في المادة ٥٣

ثانيها — أن المادة ٢٧ تجعل الغلة للورثة إلى أن يوجد المستحقون للوصية ولفظها عام ، فتدخل الحال التي أبهت في المادة ٥٣ في عموم المادة ٢٧ ، فيكون لها حكمها إذا لم يوجد نص ، ولكن وجد النص فتكون لجهة البر الأعم نفعاً .

ثالثها — أن الحقوق في القانون المدني تسقط بمضي ثلاث وثلاثين سنة ، أيأ كان نوعها ؛ فجعل تلك المدة أمداً محدوداً في الوصية يوصى إلى أن حق الموصى لهم يسقط بمضيها من غير أن يوجدوا ، وهذا هو المعقول . والله العليم بالصواب .

هذا هو مبهم المادة ، وهذا هو تفسيره ، أما الغلات في المدة المعينة بالوصية بعد وجودهم ثم انقضىهم واليأس من وجودهم ، أو عند اليأس العام من وجودهم . فقد صرحت بحكمها المادة إذا لم تكن المدة المحدودة قد انتهت .

تقدير المنفعة^(١)

١٣٠ م — الوصية تنفذ في الثلث من غير حاجة إلى إجازة الورثة ، أما في الزائد على الثلث ، فلا تنفذ إلا بإجازة الورثة ، وهذا تقديره ظاهر في الوصية بخصه معينة من التركة بأعيانها ومنافعها ، أما في الوصية بالمنفعة وحدها ، فتقديره يحتاج إلى بحث واستقصاء ونظر ، وذلك لأن ملكية المنفعة ملكية ناقصة ، فكيف تقدر بالنسبة للرقبة ، وكيف يكون تقديرها بالنسبة للتركة عامة .

ولقد قسم القانون المنافع الموصى بها بالنسبة لتقدير قيمتها إلى ثلاثة أقسام :

القسم الأول — تقدير الحقوق ، وهي من أنواع الوصية بالمنافع كما بينا ، وتقدر بمقدار أثرها في العين التي حملت هذه الحقوق ، فقيمة الحق لحق الشرب مثلا تقدر بالفرق بين قيمة العقار محملا بهذا الحق ، وقيمه غير محمل بهذا الحق ، فإذا كان الفرق عشرين جنيا مثلا ، كان هذا الفرق هو قيمة حق الشرب الموصى به مثلا ، وبذلك تكون نسبته إلى قيمة التركة عامة ، وعند تراحم الوصايا يقدر بهذا القدر عند المحاصة فيها ، وهذا بلا فرق بين أن تكون الوصية مؤقتة بمدة أو مطلقة ، بيد أنها إن كانت مؤقتة بمدة قدرت العين محملة بالحقوق في هذه المدة ، وإن كانت مطلقة قدرت العين محملة بالحق تحميلا مطلقاً عن المدة .

القسم الثاني — الوصية بمنافع عين أو ببعضها مؤبدة أو مطلقة ، أو بمدة حياة الموصى ، أو بمدة معلومة تزيد على عشر سنين ، ففي هذه الحال تقدر الوصية بقيمة

(١) تعرضت لبيان تقدير المنفعة المادتان ٦٢ و ٦٣ ، وهذا نصهما :

مادة ٦٢ — إذا كانت الوصية بكل منافع العين أو بعضها ، وكانت مؤبدة ، أو مطلقة ، أو لمدة حياة الموصى له ، أو لمدة تزيد على عشر سنين قدرت بقية العين الموصى بكل منافعها ، أو ببعضها ، فإن كانت الوصية لمدة لا تزيد على عشر سنين قدرت بقيمة المنفعة الموصى بها في هذه المدة

مادة ٦٣ — إذا كانت الوصية بحق من الحقوق قدرت بالفرق بين قيمة العين محملة بالحق الموصى به ، وقيمتها بدونه .

العين نفسها ، فإذا أوصى بمنفعة عقار مطلقاً أو على التأيد أو لمدة إحدى عشرة سنة تقدر المنفعة بقيمة العين نفسها ، لأن أمل الورثة في الانتفاع بها بأنفسهم احتمال تحققه ليس بقریب ، فكأن الورثة بأنفسهم قد نقص منهم ذلك القدر من الأعيان الذى أوصى بمنفعته ، ويجب أن يتوافر لهم الثلثان من التركة على وجه اليقين ، لأن حق الموصى فى الوصايا لا يتجاوز الثلث بيقين ، وبما أن ذلك لا يتم بفرض تنفيذ الوصية بالمنفعة ، إلا إذا تأكدنا أن العين تخرج من الثلث ، كان النظر عند تقدير المنفعة بقيمة العين نفسها ، ليكون للورثة ضمان الثلثين لهم ينتفعون بهما فى حياتهما .

القسم الثالث — الوصية بمنافع عين ، أو بعضها مدة عشر سنين ، أو أقل وتقدر الوصية بقيمة المنفعة الموصى بها فى هذه المدة ، أى تقدر المنفعة بأجرة المثل للعين فى هذه المدة ، وذلك هو الأصل فى تقدير المنافع ، وهو التقدير الحقيقى ، وقد عدل عنه إلى غيره فى القسم الثانى للسبب الذى بيناه هناك .

١٣١ — هذه هى طرق تقدير الوصية بالمنفعة ، كما جاءت فى القانون ، ولنتنقل إلى كلام الفقهاء فيها ، لنعرف مأخذ القانون منها .

للفقهاء رأيان فى تقدير الوصية بالمنفعة لمدة معلومة :

(الأول) رأى أبى حنيفة وأصحابه ومعهم بعض الفقهاء أن الوصية بالمنفعة تقدر بالعين الموصى بمنفعتها أياً كانت المدة ، فإن كانت العين تخرج من الثلث نفذت ، وإن لم تخرج من الثلث لا تنفذ ، وعملوا ذلك بأن الوصية بالمنافع فيها منع العين عن الوارث مدة ، قلت أو كثرت ، وتفويت للمقصود من الأعيان ، وهو الانتفاع بها ، وكل منع للحق يعتبر الحق الممنوع من الثلث ، كما لو أحل المريض مرض الموت ديناً معجلاً لا ينفذ على الورثة إلا فى الثلث ، وإن كان التأجيل لا يتضمن إبطال ملك الدين ، لكن لما كان فيه منع للوارث عن الدين قبل حلول الأجل لم يصح إلا فى قدر الثلث ، فكذلك ههنا^(١) ، لا تنفذ إلا فى الثلث ، ويقدر الثلث بقيمة الأعيان .

(١) البدائع ج ٧ ص ٣٠٣ .

(الرأى الثانى) رأى الشافعية والحنابلة ومعهم بعض الفقهاء ، وهو أن قيمة الوصية بالمنافع تقدر بقيمة المنافع نفسها فى مدة الوصية ، لأن تقدير قيمة الوصية بقيمة ما يناله الموصى له منها ، فتقدر قيمة المنافع مجردة عن العين ، ولقد بين المغنى طريقة تقويمها فقال :

« متى أريد تقويمها ، فإن كانت الوصية مقيدة بمدة — قوم الموصى بمنفعته مسلوب المنفعة تلك المدة ، ثم تقوم المنفعة فى تلك المدة فينظر كم قيمتها وإن كانت الوصية مطلقة فى الزمان كله ، فقد قيل تقوم الرقبة بمنفعتها ، ويعتبر خروجها من الثلث ، لأن عبداً لا منفعة له ، وشجراً لا ثمرة له لا قيمة له غالباً ، وقيل تقوم الرقبة على الورثة ، والمنفعة على الموصى له^(١) . »

وترى من هذا أن المنفعة تعتبر قيمتها قولاً واحداً عند الحنابلة ، وإن كان لها مدة معلومة ، فإن كانت مطلقة كان القول الراجح أن تكون قيمتها قيمة العين ، وبذلك أخذ القانون تقريباً ، فهو قد اعتبر قيمة العين إذا كانت الوصية بالمنفعة هدى الحياة أو على التأييد ، أو لمدة تزيد على عشر سنين ، واعتبر قيمة الوصية بقيمة المنفعة ، إذا كانت الوصية بالمنافع مدة معلومة لا تزيد على عشر سنين . وقد قالت المذكرة التفسيرية إنها أخذت أحكام القانون من مذهب أبى حنيفة فى الحال الأولى ، وأخذته من الشافعى فى الحال الثانية .

ولأنه لو اعتبر مذهب أحمد أصلاً له فى كل أحكامه هنا لكان ذلك أحكم ، لأنه يشتمل بأقواله على كل أحكام هذه المواد .

١٣٢ — ويجب التنبيه هنا إلى أن بعض الوصايا بالمنافع مهما تكن مدتها قدر القانون فيها قيمة الوصية بقيمة العين الموصى بمنفعتها ، وهى مقيدة بمدة ، ولو كانت دون عشر سنين ، وهى الوصية بالقرض ، فأخذها جملة من مذهب أبى حنيفة كما بينا ، وحسناً فعل القانون فى ذلك ، لأن تقدير قيمة المنافع فى

(١) المغنى ج ٦ ص ٤٧٨ .

هذه الحال يدخل في باب الربا ، والقوائد ، وهو ما أجمع الفقه الإسلامي على رفضه وعدم الأخذ به .

ملكية العين الموصى بمنفعتها

١٣٣م — إذا كانت الوصية بالمنافع على التأييد . وعلى جهة لا يظن انقطاعها^(١) أو تنتهي في مآلها إلى جهة لا يظن انقطاعها ، فهي بعد الموت وتنفيذها تكون في حكم الوقف ، أو على التعيين وقفاً ، لأنها بعد ذلك تأخذ خواصه وأحكامه ، وعلى ذلك تكون العين الموقوفة ، وتكون ملكيتها كملكية الوقف على مقتضى الأحكام المعمول بها اليوم ، والوقف من حيث إنشاؤه ، ومن حيث جوازه مؤقتاً ومؤبداً ، قد اعتمد في هذه الأحكام على مذهب مالك رضي الله عنه ، وعلى ذلك الأساس نقول إن العين الموقوفة تكون في ملك الواقف ولكن لا يجوز التصرف فيها ، بدليل أنه إذا انتهى الوقف المؤقت آلت إليهم العين بغلاتها ، وأخذوها ميراثاً عنه ، وهذا بحث نظري لا جدوى عملية فيه ، إلا من حيث أنه إذا بطلت الوصية تكون العين للورثة ، أي أن المنافع مع العين تكون لهم إذا لم توجد الجهات التي خصصت لها ، أما إذا حصل انقطاع فله حكم آخر ولقد جعل القانون حكم الانقطاع في الوصية بعد نفاذها وثبوتها ليس بحكم بطلانها ، فجعلها في حال الانقطاع في أولها أو في وسطها ، لجهة البر عامة ، وقد شرحنا ذلك فيما أسلفنا من قول ، فقد بينا أنه إذا كان اليأس من وجود الموصي لهم بالمنفعة المحصورون ، ولم تكن مدة الوصية لهم قد انتهت صرفت الغلة قبل انتهاء الجهات البر التي يعم نفعها ، وكذلك إذا وجدوا ثم انقروا وحصل اليأس من وجودهم قبل انتهاء المدة المقررة لهم ، فإنه يصرف لجهة بر عامة حتى تنتهي المدة ، فتصرف الغلات بعدها لجهة البر المنصوص عليها أخيراً التي لا يظن انقطاعها .

(١) أما الجهة التي يظن انقطاعها محصورة أو غير محصورة ، فهي كالوصية بالمنافع لعين تكون العين للورثة ملكاً يجوز التصرف فيه .

وإذا كان ذلك حكم الانقطاع في الأول والوسط ، فكذلك حكم الانقطاع في الآخر بالقياس عليهما ، فإنه إذا انتهت الجهة التي لا يظن انقطاعها ، فإنه في هذه الحال تصرف الغلات إلى جهات بر أعم نفعاً ، لأن الوقف مآله دائماً إلى الفقراء ، وإن لم ينص على ذلك ، وقد قررنا أنها وقف فتأخذ حكمه .

١٣٤ م — وإذا كانت الوصية بالمنفعة لمعين أو محصورين ، فإن ملكية الرقبة تكون للورثة ، وقد يوصى بالمنفعة لشخص أو أشخاص ، وبالرقبة لآخر ، أو آخرين ، فتكون المنافع في هذه الحال لشخص ، والرقبة لشخص آخر ، وثمرة ملكية الرقبة تظهر في أنها تنتقل بالورثة ، وأنه متى انتهى الأمد المحدود للوصية بالمنافع تنتقل المنفعة تابعة للرقبة — لمالك الرقبة .

وإذا كانت الوصية بالمنفعة لمعين أو محصور تجعل حق المنتفع في المنفعة فقط ، وحق الآخر في الرقبة ، أو الرقبة للورثة ، فقد اقتضى ذلك التوزيع بعض الأحكام قد تصدى القانون لها وذكر أمرين^(١) :

أحدهما — أن نفقات العين الموصى بمنفعتها في مدة انتفاع الموصى له بالمنفعة تكون عليه ، سواء أكانت نفقات الحفظ والصيانة أم نفقات البقاء ، وذلك لأنه هو المنتفع ، وهذه النفقات ضرورية لبقاء العين صالحة للانتفاع ، وكذلك الضرائب تجب على المنتفع ، لأنها مفروضة على الانتفاع ، ولذلك تقدر بنسبة ما تغله العين . ولقد جاء في المذكرة التفسيرية ما نصه :

« إذا أوصى لشخص برقبة عين ، والآخر بمنفعتها جازت الوصيتان ، وتكون الضريبة ، وكل ما يلزم لاستيفاء المنفعة على الموصى له بالمنفعة ، وإذا أهمل صاحب المنفعة القيام بما يلزم لبقاء العين صالحة للانتفاع بها ، أو لم يدفع ما عليها من

(١) ذكرت ذلك المادتان ٥٨ ، ٦٠ ، وهذا نصهما :

مادة ٥٨ — إذا كانت الوصية لمعين بالمنفعة ، ولآخر بالرقبة ، فإن ما يفرض على العين من الضرائب ، وما يلزم لاستيفاء منفعتها يكون على الموصى له بالمنفعة .

مادة ٦٠ — يجوز لورثة الموصى بيع نصيبهم في العين الموصى بمنفعتها بغير حاجة إلى اجازة الموصى له .

الضرائب فأففق صاحب الرقة فيما تحتاج إليه العين من الإصلاح لبقائها عامرة أو دفع ما عليها من الضرائب كأن ما دفعه حقاً في غلة العين يستوفيه منها قبل الموصى له بالمنفعة .

وإذا لم تثمر العين الموصى بمنفعتها، أو لم تغل في سنة من السنين لسبب خارج عن إرادة الموصى له بالمنفعة ، أو كان يزرع الأرض سنة ، ويتركها أخرى لمصلحته في الاستغلال ، فإنه يلزم بما يكون عليها من ضرائب في السنة التي لم تغل فيها.

وهذا كله إنما يجب على المنتفع لأنه مغارم الانتفاع ، والغرم بالغنم ، فإذا كان له غنمها فعليه غرمها ، وهذا مفروض فيما إذا كانت العين تغل فعلاً ، واستغلها ، وكذلك إذا كانت صالحة للاستغلال ولم يستغلها ، أما إذا كانت غير صالحة للاستغلال ، كأن كانت أرضاً بوراً ، فإنها لا غنم فيها ، فنفقات إصلاحها على مالك الرقة ، سواء أكان هو الموصى له أم الورثة ، وهذا ما جاء في المذكرة التفسيرية : « إذ كانت العين غير صالحة للانتفاع بها ، كأن كانت أرضاً بوراً ، فإن نفقة إصلاحها ، وما يفرض عليها من الضرائب يكون على الموصى له بالرقة ، وكل هذه الأحكام مأخوذة من مذهب أبي حنيفة . »

ثانيهما — أن مالك الرقة له حق بيع العين ، لأن ملكيته لها تنتقل بالميراث وليست مؤقتة بحياته ، فيجوز التصرف فيها ، بكل التصرفات السائغة شرعاً ، وقد نص القانون على ذلك الحق للورثة في حال ملكيتهم للرقة ، وهو يثبت بالقياس للموصى له بالرقة في الملكية في مدة انتفاع الآخر ، كحق الورثة عند الوصية بالمنفعة في مدة انتفاع المنتفع ، وما ثبت لأحد المثلين يثبت للآخر بالقياس .

وإذا بيعت العين لغير الموصى له بالمنفعة انتقلت إليه العين بجميع حقوقها ، ما عدا حق الموصى له بالمنفعة ، فإن البيع لا يؤثر فيه ، بل يستمر له حقه ، حتى تنتهي مدته أو إلى آخر حياته ، إن كانت الوصية بالمنفعة مدة حياته .

١٣٥ — هذه هي الأحكام التي نظم بها القانون العلاقة بين مالك الرقة

ملكاً حراً ، ومالك المنفعة في حال اختلاف الملكية فيهما بسبب الوصية لمعين
أو محصور ، وقد ذكرت المذكرة التفسيرية في الأمر الأول أنه أخذ من مذهب
الحنفية ، وفي الأمر الثاني أنه أخذ من مذهب أبي يوسف ، فلتنظر في ذلك ، لنرد
القانون إلى أصله .

أما عن الأمر الأول . فهو حقيقة مذهب أبي حنيفة ، وقد ذكر المغني آراء
الفقهاء في هذه المسألة فقال :

« ونفقة العبد الموصى بخدمته يحتمل أن تجب على صاحب الرقبة ، وهذا
الذي ذكره الشريف أبو جعفر مذهباً لأحمد ، وهو قول ابن ثور ، وظاهر
مذهب الشافعي ، لأن النفقة على الرقبة ، فكانت على صاحبها كالعبد المستأجر ،
وكما لو لم يكن له منفعة . . . ويحتمل أن تجب على صاحب المنفعة ، وهو قول
أصحاب الرأي ، والاصطخري ، وهو أصح إن شاء الله تعالى ، لأنه يملك نفعه ،
فكانت النفقة عليه ، ولأن نفعه له ، فكان عليه ضره ، كالمالك لهما جميعاً ، يحققه
أن إيجاب النفقة على من لا نفع له ضرر مجرد ، فيصير معنى الوصية أوصيت لك
بنفع عبي ، وأبقيت على ورثتي ضره ، وإن أوصى بنفعه لإنسان ، ولآخر
برقبته كان معناه أوصيت لهذا بنفعه ، ولهذا بضره ، والشرع ينفي هذا بقوله :
« لا ضرر ولا ضرار ، ولهذا جعل الخراج بالضمان ، ليكون ضره على من له
نفعه ، وفارق المستأجر ، فإن نفعه في الحقيقة للوَجَر ؛ لأنه يأخذ الأجر عوضاً
عن منافعه » (١) .

وقد تبين من هذا أن فقهاء أهل الرأي هم الذين يرون أن نفقات العين ؛ وضرائبها
على المنتفع ، وبين أنه رأى في مذهب أحمد ، وأنه الأصح ، ووجهه أحسن توجيه .
أما الأمر الثاني . وهو صحة التصرف بالبيع ونفاذه ، فقد ذكرت المذكرة
التفسيرية أنه مذهب أبي يوسف ، وأنه موافق للمذاهب الأخرى .

وكون ذلك الرأي في المذاهب الأخرى — موضع تسليم ، أما كون هذا
هو رأي أبي يوسف ، فهو موضع نظر ، وذلك لأن المقرر في المذهب الحنفي (من

غير ذكر خلاف فيه) أن بيع العين التي يكون لشخص منفعتها يكون موقوفا على إجازة مالك المنفعة ، فإن أجازته نفذ ، وإن لم يجزه استمر البيع موقوفا حتى تنتهي مدة الانتفاع ، فالمالك للعين المستأجرة يتوقف نفاذ البيع منه حتى يحين المستأجر ، أو تنتهي الاجارة ، فكذلك إذا باع مالك الرقبة العين الموصى بمنفعتها لغيره يكون البيع موقوفا على إجازة الموصى له بها ، بل حق مالك الرقبة أضعف من حق المؤجر ، ولقد جاء في المبسوط ما يفيد هذا ، فقد قال : « ولو أوصى لرجل بغلة أرضه ، ولآخر برقبته ، وهي تخرج من الثلث ، فباعها صاحب الرقبة ، وسلم صاحب الغلة البيع جاز وبطلت وصيته ، ولا حق له في الثمن ، لأن الملك لصاحب الرقبة ، وحق صاحب الغلة في المنفعة ، فإجازته البيع تكون إبطالا لحقه في المنفعة ، ويسلم الثمن لصاحب الرقبة كما لو باع الآخر العين المستأجرة ، ورضى به المستأجر ، » (١) .

والذي يذكر فيه العلماء خلاف أبي يوسف رضى الله عنه هو في الحال التي تكون فيها العين الموصى بمنفعتها لا تخرج من ثلث التركة ، أيجوز للورثة أن يبيعوا نصيبهم الخاص في العين ، وهو على الشيوخ ، أم لا يجوز ، ففي رواية لا ينفذ البيع إلا بإجازة الموصى له بالمنفعة باتفاق أئمة المذهب الحنفي ، وفي رواية عن أبي يوسف ينفذ بيع نصيبهم من غير إجازة الموصى له ، وإليك الموضوع كما في المبسوط :

« ولو أوصى بسكنى دار سنة ، ولا مال له غيرها ، فإنه يسكن ثلثها سنة ، ويسكن الورثة الثلثين ؛ لأن الدار لا يمكن قسمتها بالأجزاء ... وليس للورثة أن يبيعوا ما في أيديهم من ثلثي الدار إلا في رواية عن أبي يوسف ، يقول إن ذلك حقهم على الخلوص ، فينفذ بيعهم فيه ، لكننا نقول حق الموصى له بالسكنى ثابت في سكنى جميعها ، بدليل أنه لو ظهر للبيت مال آخر تخرج الدار من ثلثه كان هو أحق بسكنى جميعها ، ولو خرب ما في يده من الدار كان له أن يراحم

(١) المبسوط ج ٢٨ ص ٦ .

الورثة فيما في أيديهم ، وفي البيع لإبطال حقه ، فكانوا ممنوعين من ذلك ،^(١) .
وهذا النقل يدل على موضع الخلاف بين أبي يوسف في رواية عنه وغيره .
ولا خلاف بينه وبين غيره في توقف نفاذ البيع في الجزء الموصى بمنفعته على
إجازة الموصى له أو انتهاء مدة الانتفاع .
وكون القانون له أصل فقهي أمر مقرر ، وهو في مذهب ابن حنبل وغيره ،
ولنما موضع النظر هو النقل عن أبي يوسف والله أعلم .

طريقة الانتفاع

١٣٦ م — نظم القانون طريقة الانتفاع للمنتفع ، فبين أيكون الانتفاع
بالاستعمال أم بالاستغلال ، أم بأيهما أراد ، وبين طريقة الاستعمال ، وطريقة
الاستغلال ، وكان في ذلك موسعاً مطلقاً ، ولم يكن مقيداً مانعاً .

فقد كان مذهب أبي حنيفة الذي كان معمولاً به من قبله مقيداً طرائق
الانتفاع غير موسع على المنتفع ، وجاء القانون مبيحاً وموسعاً ، فقد أجاز
للموصى له بالمنفعة الانتفاع بالاستعمال أو الاستغلال^(٢) ، إن كانت العين تصلح
لها من غير أن يتقيد بشرط الموصى ، فإن شرط الاستغلال فقط ، أو الاستعمال
فقط ، فله أن ينتفع بغيره ، ولا يتقيد في الانتفاع ، إلا بشرط واحد ، وهو
ألا ينتفع انتفاعاً يضر بالعين .

وذلك الاطلاق مبني على أن كل شرط لا يتحقق فائده لا يلتفت إليه ، وقد
يكون في التقيد بشرط الموصى فوات الانتفاع ، فن أوصى له بسكنى دار ،
وتقيد في الانتفاع بالسكنى ، ولم يسغ له الاستغلال ، إن اضطر إلى الإقامة في

(١) المبسوط ج ٢٧ ص ١٨٢ .

(٢) هذا ما اشتملت عليه المادة ٥٤ ونصها : « إذا كانت العين الموصى بمنفعتها تحتل الانتفاع
أو الاستغلال على وجه غير الذي أوصى به جاز للموصى أن ينتفع بها أو يستغلها على الوجه الذي
يراه بشرط عدم الاضرار بالعين الموصى بمنفعتها » .

بلد بعيد عن البلد الذى به الدار يفوته الانتفاع بالوصية ، فلا يكون فى التقيد أى فائدة . وفيه ضرر مؤكد .

وإن القانون قد اعتمد فى ذلك التوسع على مذهب الشافعى وأحمد ، وهو فى هذا الإطلاق ينهج فى الوصية المنهاج الذى نهجه فى الوقف ، فالموقوف له السكنى أو الاستغلال — له الأمران من غير قيد يقيد به باشتراط الواقف ، فكانت الوصية والوقف فى هذا متحدين ، لاتحاد الغاية من الوقف مع الوصية بالمنافع فى الجملة ، وإن كانت حقيقة الوقف مختلفة عن حقيقة الوصية .

١٣٧ — هذا هو المعمول به الآن ، وقد كان المعمول به من قبل ، وهو مذهب أبى حنيفة أنه إن نص على جواز الانتفاع بالاستغلال ، أو الاستعمال حينما أراد فللموصى له الانتفاع بأيهما شاء ، وإن نص على السكنى ، فليس له الاستغلال قولا واحداً فى المذهب الحنفى ، لأنه ملك الانتفاع بغير بدل ، فلا يملكه غيره ببدل ، ولأنه يتقيد فى الانتفاع بشرط الموصى ، وإن أوصى بشرط الاستغلال ، فلم يرو عن متقدمى المذهب الحنفى فيه شيء ، وللبتأخرين فيه قولان : (أحدهما) ذكر عن أبى بكر الاسكافى أن له ذلك ، (وثانيهما) ليس له ذلك ، ووجه الأول ، أنه ملك غيره السكنى ، فأولى أن يملكها هو ، ووجه الرأى الثانى أن الوصية بالاستغلال وصية بالأجرة ، وهى دراهم ودنانير ، والوصية بالاستعمال ، وصية بالاستعمال المباشر ، وهما غيران متباينان ، فذكر أحدهما ليس ذكراً للآخر (١) .

وإن أطلق فلم يذكر سكنى ولا استغلالاً ، فهو على الخلاف الذى ذكرناه ، لأن الإطلاق ينصرف إلى الاستغلال ، وقد ذكرنا الوجهين فيه ، ووجه انصراف اللفظ عند الإطلاق إلى الاستغلال أن اللفظ المطلق لا يعم ، ولكن ينصرف إلى الفرد الكامل ، والانتفاع بالاستغلال أكمل من الانتفاع بالاستعمال .

(١) راجع فى هذا شرح التبيين وحاشيته ج ٦ ص ١٠٣ .

هذا ويلاحظ أنه إن منع من استعمال إحدى الطريقتين بالنص كان ممنوعاً لأنه متعبد بشرط الموصى .

هذا مذهب أبى حنيفة ، ومذهب الشافعى وأحمد رضى الله عنهما فى الوقف والوصية أن المنتفع يملك فى الوقف والوصية بالمنافع المنفعة ، وملك المنفعة يسوغ لملكها حق الانتفاع بأى الطريقتين شاء : الاستغلال أو الاستعمال ، من غير تقييد بأحدهما ، إلا إذا كان لا يمكن تحقيق المنفعة إلا بالاستعمال فقط كالوصية بمنافع الخانات ، وفى غير هذه الحال يملك الموصى له المنفعة ملكاً كاملاً ، فيملك التعويض عنها إذا كان موصى له بالاستعمال ، ويملك الاستعمال إن كان موصى له بالاستغلال .

ولقد وجدنا القانون أوسع رحاباً من مذهب مالك وأبى حنيفة^(١) لأنه أطلق الانتفاع ، ولو نص على أن له السكنى فقط ومنعه من غيرها ولم يعطه إلا حق الانتفاع لملك المنفعة ، وذلك لأن القانون ، قد سن مبدأ ، وهو إهمال الشروط التى لا تتحقق مصلحة فى الأخذ بها ، فلا يحترم إلا ما كان فيه مصلحة ، وقد كان الأصل الفقهى أن الشروط تحترم إلا إذا قام الدليل على أن فيها ضرراً فلا يلتفت إليها ، والفرق بين الأصلين ، يتحقق فى الشرط الذى لا مصلحة فيها ولا ضرر ، فالقانون يمنعه ، لأن التقييد فى ذاته ضرر لا مبرر له .

١٣٨ — وإذا كانت المنفعة الموصى بها تخرج من الثلث ، أو تزيد عليه وأجاز الورثة الزيادة ، وكانت متعلقة بعين واحدة ، فإن الموصى له لا يكون له شريك فيها ، فلا قسمة بينه وبين غيره ، ولا تنظيم للتوزيع ، فإذا كانت غلة أخذها كاملة ، وإن انتفع بطريق الاستعمال استبد به وحده .

وإن كانت المنفعة مشتركة بين الموصى له والورثة ، أو بين عدد من الموصى لهم ، فإن طريق التوزيع الذى يختارونه ينفذ من غير تقييد لهم إلا باتفاقهم عليه ،

(١) ومذهب مالك أن الوصية إن قامت القرائن فيها على أن الموصى يقصد بها تملك المنفعة ، ملك الأثرين ، وإلا ملك الانتفاع بنفسه فقط .

أو قضاء القاضى بالعدل إن اختلفوا ، فإذا أخذوا الغلة ووزعوها بينهم ، بنسبة ما يخص كل منهم ، أو بقسمة العين بينهم ؛ إذا لم يكن فيها ضرر لأحد ، وكانت تحمل القسمة ، أو بقسمتها قسمة مهايأة مكانية ، بأن ينتفع كل واحد منهم بحصة من العين زماناً ، ثم يتبادلوا الحصص عاماً بعد عام ، فيحل كل محل الآخر فيما كان ينتفع به ، أو مهايأة زمانية ، بأن يأخذ كل واحد العين كلها زماناً ينتفع به ، ويأخذها الآخر زماناً آخر ، وتكون مقادير الأزمنة بنسبة حصص كل واحد في الانتفاع^(١) .

ولقد ذكرت المذكرة التفسيرية أنه « إذا كانت الوصية بحق لا يمكن قسمته ، ولا المهايأة فيه يجتهد القاضى فى مدى استعمال الحق معتمداً على القواعد العامة للشرعية ، وما يراه أعدل وأنصف فى الموضوع » .

وفى الجملة كل ما يتفقون عليه طريقاً للانتفاع ينفذ ، وما لا يتفقون عليه ينفذ القاضى ما يطلبه المنتفع ، إن لم يكن فيه ضرر على الورثة ، كأن تكون العين عمارة تمسكن قسمتها مع بقاء الانتفاع بكل قسم كالانتفاع به قبل القسمة ، ولكن يترتب على القسمة ضرر للورثة بما يترتب على القسمة من نفقات بناء للفصل بين القسمين ، ونفقات الهدم بعد انتهاء المدة المقررة للانتفاع ، فإذا طلب الموصى لهم بالمنفعة القسمة فى هذه الحال لا يجابون إلى ذلك ، ويجابون فى كل ما لا ضرر فيه .

وما أخذ هذه المادة هو مذهب الحنابلة والشافعية من إطلاق حق الانتفاع ، كما ذكر فى النبذة السابقة ، ومنع القسمة لأجل منع الضرر عن الورثة مأخوفاً من مذهب مالك ، ومن القاعدة المقررة فى المذهب الحنفى وهى : « الضرر يزال » .

(١) بينت هذه الأحكام المادة ٥٧ — وهذا نصها : « تستوفى المنفعة بقسمة الغلة أو الثمرة بين الموصى له وورثة الموصى بنسبة ما يخص كل فريق ، أو زماناً أو مكاناً ، أو بقسمة العين إذا كانت تحمل القسمة من غير ضرر » .

انتهاء الوصية بالمنفعة وبطلانها^(١)

١٣٩ م — تنتهى الوصية بالمنفعة إذا انتهت مدتها المعلومة وانفع الموصى له بها ، أو بموته إذا كانت مدة حياته ، أو مطلقة لمعين ، وإن كانت لمحصورين تنتهى بانقراض الطبقة الثانية على ما هو مبين فيما أسلفنا من قول ، وإذا كانت مؤبدة أو مطلقة لمن لا يظن انقطاعهم ، أو لجهة بر لا يظن انقطاعها ، فإنها تكون وقفاً على جهة التأييد لا ينتهى .

وقد بينا أحكامه إذا انقطعت ، ووقع ما لا يظن ، واستنبطنا من أحكام القانون العامة ، وبالمقايضة على بعض أجزائه أن الوصية تصرف على جهة من جهات البر العامة النفع .

هذا هو حكم انتهاء الوصية بالمنفعة ، وقد تبطل قبل تقررها أو تسقط بعد تقررها ، فتبطل أو تسقط بما يأتى :

أولاً — إذا مضت المدة المعينة قبل وفاة الموصى ، فإنه فى هذه الحال تبطل الوصية ؛ لأن المدة المعلومة إذا مضت تكون كالوصى به المعين إذا هلك تبطل به الوصية ، فتبطل إذا مضت المدة أيضاً ، وقد بينا ذلك من قبل .

ثانياً — إذا مات الموصى له المعين قبل بدء المدة ، وكذلك إذا مات فى أثناءها فى الحال الأولى تبطل الوصية كلها ، لعدم إمكان تحقيق إرادة الموصى ، وفى الثانية تبطل فى بعضها للسبب عينه .

ثالثاً — إذا أسقط الموصى له حقه فى الانتفاع ، سواء أكان ذلك الإسقاط بعوض أم كان بغير عوض ، وإسقاط الحق بغير عوض ثابت ، لأن من ملك شيئاً بغير عوض يملك تملكه كذلك ، والإسقاط قريب من ذلك ، والإسقاط بعوض هو من قبيل المصالحة عليها بعوض ، وأن ذلك جائز بمقتضى أحكام

(١) بينت بعض أحكام ذلك المادة ٥٩ وهذا نصها : « تسقط الوصية بالمنفعة بوفاة الموصى له قبل استيفاء المنفعة الموصى بها كلها أو بعضها ، وبهراء الموصى له العين التى أوصى له بمنفعتها ، وبإسقاط حقه فيها لورثة الموصى بعوض أو بغير عوض ، وباستحقاق العين » .

القانون العامة ، لأنه إذا جاز تملك المنافع لغير الورثة في نظير مال هو غلة العين ، فيجوز للورثة تعويضه عنها ، وقبول ذلك العوض ، وليس العوض إلا من هذا القبيل فلا يصح أن يمنع .

رابعاً — إذا استحققت العين ، فإنه باستحقاق العين التي أوصى بمنافعها يتبين أن العين لم تكون مملوكة للموصى ، فإن ذلك يكون كاستحقاق العين الموصى بها تبطل به الوصية .

هذه أمور قررها القانون معتمداً على الأصول المذهبية التي اشتقت منها أحكامه التي كانت أساساً لهذه الأمور ، وقد بينا الأصول لتلك الأحكام من المذاهب الفقهية المختلفة .

الوصية بالمرتبات^(١)

١٤٠ — الوصية بالمرتبات في أكثر أحوالها تدخل في عموم الوصية بالمنافع وفي بعض الأحوال غير الكثيرة تكون الوصية بالمرتب ببعض التركة ، فإذا كانت الوصية بالمرتب من الغلة ، وهذا في أكثر الأحوال فهي من قبيل الوصية بالمنافع ؛ لأنها جزء من غلات بعض الأعيان ، مرتب التوزيع على أوقات الزمان شهراً بعد شهر ، أو سنة بعد سنة ، على حسب نجوم المرتب ، وأزمانه .

وإن كانت الوصية بالمرتب من رأس مال التركة ، لا من غلة بعضها ، ففي هذه الحال تكون الوصية من قبيل الوصية بالأعيان لا بالمنافع ، وهذا في القليل ، لا في الكثير .

١٤١ — وإذا كانت الوصية بالمرتب من رأس مال التركة ، فإنها تقيد بالثالث لا تنفذ في أكثر منه^(٢) ، ولضمان تنفيذها تحبس عين من أعيان التركة تكفي غلاتها لسداد المرتب في نجومه المختلفة ، إذا كانت المدة المقررة للمرتب طويلة ، وإذا كانت المدة قصيرة حبست عين تضمن بقيمتها المرتب في المدة ، بحيث يستوفي من قيمتها ، إن لم يمكن استيفاؤه من غلاتها ، وقد قدرت المذكرة التفسيرية

(١) المرتب ، والراتب قدر من المال يعطى في أوقات دورية متساوية في الزمن ، كشهري أو سنة ، وكالوصية برطل من الزيت للمسجد الفلاني لأجل إضاءته كل ليلة ، أو بمائة رغيف لفقراء ملجأ معين كل يوم ، أو بمائة أردب قمح لبنى فلان كل سنة . . . الخ .

وقد تكون الوصية بالمرتبات لمدة معلومة ، أو مدى الحياة ، أو على التأييد لجهة لا يظن انقطاعها كالأني جنبه للحرمين الشريفين .

وقد يكون المرتب لمعينين ، أو معرفين بالوصف محصورين ، أو لغير محصورين يظن انقطاعهم أو لا يظن ، وفي الجملة هي تأخذ من حيث الموصى به ولهم ما ذكرنا من الأحكام فيها .

(٢) هذا ما نصت عليه ٦٤ ، ونصها : « تصح الوصية بالمرتبات من رأس المال لمدة معينة ، ويوقف من مال الموصى ما يضمن تنفيذ الوصية على وجه لا يضر بالورثة ، وإذا زاد ما أوقف لضمان تنفيذ الوصية على ثلث التركة ، ولم يحز الورثة الزيادة يوقف منه بقدر الثلث ، وتنفذ الوصية فيه وفي غلته إلى أن يستوفي الموصى له قيمة ثلث التركة حين الوفاة ، أو إلى أن تنتهي المدة أو يموت الموصى له » .

مقدار المدة القصيرة ، بأنها عشر سنين فأقل ، والطويلة ما زادت على ذلك ؛ واستمد هذا من المادة ٦٢ التي بينت تقدير المنافع في المدد المختلفة ، إذ الوصية بالمرتب في الجملة من المنافع ، وهذا نص ما جاء في المذكرة التفسيرية .

« إذا كانت الوصية بمرتب من رأس مال التركة مدة معينة توقف من التركة عين ذات إيراد تنفذ منه الوصية ، ولكن إن كانت المدة قصيرة ، وهي عشر سنين فأقل مادة ٦٢ — ينبغي أن تكون قيمة العين مساوية للمرتب في المدة الموصى فيها ؛ لتكون ضماناً لاستيفاء المرتب منها ، إذا كان الإيراد لا يكفي . أما في المدة الطويلة ، وهي ما كان أكثر من ذلك فيمكن أن يكون إيراد العين كافياً لتنفيذ الوصية منه ، حسب تقدير الخبراء ؛ ولو كانت قيمتها أقل من المرتب في المدة ؛ لأن وقف عين من التركة قيمتها مساوية للمرتب زمنياً طويلاً يضر بالورثة في بعض الأحوال ، كما إذا كانت غلة العين الموقوفة أضعاف المرتب الموصى به ، أو كان للورثة مصلحة خاصة في هذه العين مع وجود عين أخرى أقل قيمة ذات إيراد يسع المرتب ، وهكذا . . . » .

ثم الأمر في ضمان الأداء مرجعه إلى رأى أهل الخبرة بشئون الأموال ، وطرق استغلالها ، وأنواع استغلالها المختلفة ، سواء أكان الأداء بطريق الاستيفاء من الغلات ، أم بطريق الأخذ من قيمة العين ببيعها أو بيع بعضها ، وسداد المرتب من الثمن .

ويجب مع ذلك ملاحظة أمرين ، ليكون تنفيذ القانون سليماً .

(أحدهما) أن تكون الوصية تخرج من الثلث كما ذكرنا ، حتى لا يضار الورثة ، ولأن حقهم في الثلثين يجب أن يخلص لهم ، فإذا زادت على الثلث ، فإن أجاز الورثة الوصية كما هي خصصت العين الكافية ، ولو كان قيمتها أكثر من الثلث وإن لم يحجز الورثة الوصية في الجزء الزائد ، حبست عين تساوى الثلث فقط ، ونفذ المرتب كاملاً من غلاتها ومن ثمنها ، فإن استنفدت في بعض الوقت المعلوم الثلث ، فقد انتهت الوصية ، إذ نفذت بكاملها ، في دائرة الثلث .

(ثانيهما) أن يكون تقدير قيمة الوصية لتعرف نسبتها إلى التركة بالطريقة التي نص عليها في المادة ٦٢ وهي تقدر الوصية بقيمة العين التي تغل هذه الوظيفة إذا كانت الوصية بالمرتب مدى الحياة أو مطلقة ، أو بمدة تزيد على عشر سنين ، وإذا كانت لمدة لا تزيد على عشر سنين ، فبمقدار هذه الوظيفة في هذه المدة .

وإنما كان التقدير كذلك ؛ لأنها إن كانت بمدة لا تزيد على عشر سنين ، فهي محدودة بمقدار من المال معلوم ، لا يحتاج إلى تقوين مقوم ، أو تقدير خبير ، وإنما الأمر فيها إلى الحساب ، فتقدر بمقدارها ، وهي تنفذ ، ولو من رأس المال من غير تقييد بالغلات ، ولذلك كانت الوصية بمقدار من المال ، ولا فرق بينهما إلا في التنجيم ، وإمكان التنفيذ من الغلات ، دون تعيين قدر من رأس المال معلوم ، وفي أن عينا تكفي غلاتها لتنفيذ المراتب تخصص له .

أما إذا كانت الوصية بالمرتب من رأس المال مطلقة ، أو مدى الحياة أو مؤبدة ، فإن تنفيذ الوصية على الوجه الكامل يقتضى أيضاً تخصيص عين لتنفيذها ، ولكن عودة العين بالغلات إلى الورثة أمر غير مقدور بزمان ، ودخوله في الحساب بعيد ، ولذلك قدرت الوصية بالعين التي يمكن استيفاء هذا المراتب من غلاتها ، وكان لذلك شبه بالوصية بالمنافع المطلقة ، وبعد تخصيص عين صارت الوصية كأنها وصية بغلات هذه العين ، ولا فرق بينهما ، إلا في أن الوصية بالمنافع لا تنفذ إلا من الغلات أو باستيفاء الموصى له المنفعة بنفسه ، أما الوصية بالمرتب من رأس المال ، فليس له من جهة أن يستوفي المنفعة بنفسه ، ومن جهة أخرى له أن يأخذ مرتبه من ثمن العين ، إذا لم توف الغلة ولم يقدم له الورثة ما يكمل مرتبه ، محافظة على العين التي تؤول إليهم إن انتهت مدة الوصية ، وقد استوفي الموصى له كل المراتب .

١٤٢ — والخلاصة أنه بعد تخصيص عين للوصية بالمرتب من رأس المال ينظر في الغلة ، إن كانت تكفي لتنفيذ الوصية ، وكانت مساوية لها ؛ بأن كانت داراً مثلاً ؛ وأجرتها تساوى المراتب ، أو أرضاً زراعية وهي مستأجرة فعلاً بما يساوى المراتب ، استوفي المراتب من الأجرة ، وإن نقصت الأجرة عن المراتب

خير الورثة بين أمرين : (١) إما أن يعطوه المرتب الذى خصص له بسد النقص من مالهم أو غلات سائر التركة ، وتسلم العين ، وتؤول إليهم بعد انتهاء المدة .

(٢) وإما أن يستوفى المرتب من ثمن العين التى خصصت لاستيفاء مرتبه ، فإن استنفذ ثمنها كله انتهت الوصية ، وإن أخذ بعضه وانتهت الوصية عاد الباقي إلى الورثة . وإن زادت الغلات على المرتب كانت الزيادة للورثة (إلا إذا كانت الوصية لجهة لا تنقطع أو لا يظن انقطاعها ، فإنه يكون لها كنص المادة ٦٨) لأنه ليس له إلا المرتب ، وهو يأخذه ، والعين ما زالت على ملك الورثة ، وإن تعلق بها حق الموصى له ، فهو بقدر تنفيذ الوصية على أنه لا تتقرر الزيادة للورثة إلا بعد انتهاء مدة الوصية فتوقف الزيادة قبلها لتعوض النقص فى بعض السنين وتكون الزيادة للورثة من غير انتظار إذا كان المرتب لا يصرف إلا من غلة كل سنة^(١) .

هذا ويجب التنبيه إلى أمرين :

(أحدهما) أن العين إذا تبين أن غلاتها تزيد على المرتبات ، أو أثبتت التجربة ذلك ، ولم يوجد ما يدل على احتمال عدم وجود هذه الزيادة ، بأن غلت الأسعار ، وارتفعت أجور الأعيان ، أو تبين أن التقدير لم يكن سليماً كما أثبتت التجربة ، فإنه فى هذه الحال ينقص من العين بما يعادل هذه الزيادة المؤكدة ، وخصص القدر الذى يكفى المرتب ، ولا يزيد عليه ، إلا ما يكون باختلاف الأحوال اختلافاً يسيراً .

(ثانيهما) أن الوصية بالمرتب من رأس المال تنتهى بواحد من أمور ثلاثة :

أولها — وفاة الموصى له المعين ، فإنها كالوصية بالمنافع تكون عند الإطلاق مؤقتة بحياة الموصى ، إلا إذا كان قد جعلها من بعده لغيره .

(١) راجع فى هذا المادة ٦٧ ، فقد بيّنته الفقرة الأولى منها ، ونص المادة : « إذا لم تف غلة الموقوف من التركة لتنفيذ الوصية بمرتب من رأس المال يبيع منه ما يفي بالمرتب ، وإذا زادت الغلة على المرتب ردت الزيادة إلى ورثة الموصى . »

ويوقف ما يزيد من الغلة على المرتب الموصى به فى الغلة حتى تنتهى مدة الانتفاع ، فإذا لم يقل الموقوف من التركة ما يكفى لتنفيذ الوصية فى إحدى السنوات ، استوفى الموصى له ما نقصه من الغلة الزائدة ، فإن كانت الوصية تنص على أن المرتب يستوفى سنة ، فسنة ، أو قامت قرينة على ذلك ردت الزيادة السنوية لورثة الموصى .

ثانيها — انتهاء المدة المعلومة التي يعينها ، وهذه يستوى فيها الموصى له المعين ، وغير المعين ، لأن الوصية بالمرتبات والمنافع تنتهي بانتهاء مدتها . سواء أكانت الوصية لمعين أم كانت لغير معين .

ثالثها — نفاذ العين التي حبست لاستيفاء المرتب من غلاتها ، فإن صاحب الوظيفة له أن يستوفي منها إن لم يعطه الورثة وظيفته كاملة . وهذه أيضاً يستوفي فيها الموصى له المعين ، والمحصور ، وغير المحصور .

١٤٣ — هذا وأحكام الوصية بالمرتب من رأس المال تعتمد على أقوال الفقهاء في المذاهب الأربعة ، وحكمهم بصحتها ، ولكن تنفيذها اعتمد على اجتهاد واضعى القانون ، لتسهيل التنفيذ من غير مضارة بالورثة ، ولا مضارة بالموصى له ، وقد اعتمدوا في اجتهادهم على أحكام مقرررة في القانون كتقدير المنفعة في المادة ٦٢ ، وتنفيذ الوصايا بالمنافع فيها ، والصلة بين الوصية بالمرتب ، من رأس المال ، وبين الوصية بالمنافع .

وكان مرماه في ذلك المسلك الاجتهادى تنفيذ غرض الموصى في وصيته ، وتنفيذ أحكام الفقهاء ، وضمان وصول الموصى له إلى حقه ، مع إمكان بقاء أعيان التركة كلها سليمة للموصى للورثة .

١٤٤ — وقبل أن نترك الكلام في الوصية بمرتب من رأس المال نقول إن القانون لم يذكّر عدم صحة الوصية بمرتب من رأس المال مؤيدة أى لجهة لا تنقطع أو لا يظن انقطاعها بل قرر صحتها كما يفهم من عموم المادة ٦٨ التي سنعرض لها قريباً ، وإذا كان قد جعل التنفيذ بتخصيص عين من أعيان التركة تغل المرتب بشرط ألا تزيد على الثلث ، وإلا احتاجت في الزيادة إلى إجازة الورثة ، فقد كان من الممكن أن يوصى بمرتب من رأس المال على جهة التأيد ، وتنفيذ الوصية بذلك التخصيص ، وإن كنا نقول إن الوصية بمرتب من رأس المال نادرة الوقوع ، وهى أندر ، إذا كانت على جهة لا يظن انقطاعها .

وأحكام الوصية بمرتب من رأس المال في مدة معينة أو لمعين ، أو لقوم

محصورين هي كأحكام الوصية بمرتب من الغلات من كل الوجوه ما عدا جواز بيع العين لتنفيذ الوصية بالمرتب كاملاً في حال الوصية بمرتب منه وعدم جوازها في الوصية بالغلات من التركة كلها، أو بالوصية بغلات عين معينة منها، وما عدا أموراً أخرى ستبين في موضعها.

١٤٥ — هذه خلاصة لما اختصت به الوصية بالمرتبات من رأس المال وبقية الأحكام تشارك في أكثرها الوصية بالمرتبات من الغلات.

والوصية بالمرتبات من الغلات تنقسم من حيث التأيد وعدم التأيد إلى قسمين: (أحدهما) وصية بالمرتب مؤبدة، إذ ليس للموصى له فيها نهاية معلومة، وهذه تكون إذا كان الموصى له جهة^(١) لها صفة الدوام، فإن كانت بغلة عين معينة من التركة كانت العين وقفاً على هذه الجهة تنفذ من غلاتها الوصية بالمرتب، فيعطى في أوقاته المختلفة، وتنفذ شروط الوصية وإرادة الموصى مادامت تحقق المصلحة، وتوزع الغلات في أبوابها المختلفة، فإذا كانت العين تفيض غلاتها عن هذا المرتب، فانه يكون الزائد على الجهة التي يعينها الموصى مصرفاً لذلك، أو بما تشير إليه القرائن وتدل على إرادته في صرف الزائد، فإذا لم يتبين مصرف لهذا الزائد، فإن الظاهر أنه يكون للجهة نفسها، باعتبارها المصرف لهذا الوقف، أو لهذه الوصية التي صارت وقفاً، ولا يصرف شيء إلى الورثة، لأن العين قد صارت بهذه الوصية وقفاً، فليس للورثة شيء من غلاتها، وإن الوقف على مذهب مالك لا يخرج العين فيه عن ملك الوقف، ولكن الغلات في الوقف المؤبد تكون دائماً للمستحقين، وكان الظاهر لنا ذلك، لأن القانون لم ينص، ولكنه نص على غلات العين التي تخصص إذا لم يعين عيناً في الوصية بالمرتبات لجهة لها صفة

(١) قد بنيت أحكام ذلك القسم المادة ٦٨، وهذا نصها: «إذا كانت الوصية بالمرتبات لجهة لها صفة الدوام مطلقة أو مؤبدة يوقف من مال الموصى ما تضمن غلته تنفيذ الوصية، ولا يوقف ما يزيد على الثلث إلا بأجازة الورثة»، وإذا أغل الموقوف أكثر من المرتب الموصى به استحقته الجهة الموصى لها، وإذا قصت الغلة فليس لها الرجوع على ورثة الموصى».

الدوام تكون غلاتها ولو زادت عن المرتبات لهذه الجهة ، وليس للورثة شيء . وهذا التفسير احتمال قريب ، ويصح أن يقال إن تعيين عين للرتب تقضى ألا يؤخذ من غيرها ، ولكن لا يمنع أن يؤخذ الزائد منها ؛ والاول أقرب في نظرنا .

وإذا كانت الوصية بالمرتبات ليس فيها تعيين عين للجهة التي لها صفة الدوام ، وكانت مطلقة أو على جهة التأييد ، فانه تخصص عين من أعيان التركة تكفي غلاتها لأخذ هذا المرتب منها وتخصيصها يكون بتقدير أهل الخبرة تقديرأ صحيحاً لغلات هذه العين ، وبعد ذلك التخصيص تكون تلك العين وفقاً على هذه الجهة ، فان كانت الغلات مساوية للرتب نفذت ، وإن زادت الغلات عن المرتب ، كانت الزيادة للجهة ، وإن كانت الغلات في بعض السنين أقل ، أو صارت بعد مضي أزمان أقل ، فانهم لا يرجعون على الورثة ، وذلك لأنه بالتخصيص قد انقطعت العين عن التركة ، ولم تعد للغلة بالورثة صلة ، إذ تصير العين وفقاً على تلك الجهة وتصير لها غيرتها ، في زيادتها ونقصانها .

والعين في كلتا الحالين يجب ألا تزيد على الثلث ، وإلا احتاجت الزيادة لأجازة الورثة .

وقد صرحت المذكرة التفسيرية بأن الوصية بالمرتب على جهة التأييد تكون في رأس المال كما تكون في الغلات ، وأن الأولى تعتمد على رأى مروى عن أبي يوسف في الوصية بالمرتب للجهات ، والثانية مأخوذة من المذهب الحنفي بأجمال . وقد قلنا إن الوصية بالمرتبات في أغلب أحوالها تكون في الغلات ، ومن النادر أن تكون على التأييد برأس المال ، بل لا تكاد تقع به .

١٤٦ — والقسم الثاني من الوصية بالمرتب من الغلات ، وهي التي لا تكون مؤبدة لا نهاية لها ، بل تكون لها نهاية ، بأن تكون لها مدة معلومة ، ولو كانت للجهة لها صفة الدوام كمسجد مثلاً ، أو تكون مطلقة ، أو مقترنة بوصف التأييد ، ولكن لمعين ، أو محصورين ، فانها تكون لها نهاية هي حياة المعين وانتهاء

الطبقة الثانية من المحصورين ، ويختلف تقدير قيمة الوصية من حيث نسبتها الى التركة ، بحيث لا تزيد على الثلث ، باختلاف الأحوال السابقة من حيث تعيين المدة ، أو كون الموصى له معيناً ، أو محصوراً .

١٤٧ — وإذا كانت الوصية بمرتب من الغلة بمدة معلومة^(١) من غير نظر الى كون الموصى له محصوراً أو غير محصور ، فإن المسلك الذى سلكه القانون في تقديرها أن تقدر التركة خالية من المرتب الذى تحمله بمقتضى الوصية ، وتقدر قيمتها ، وقد تعلق بها حق الموصى له بالمرتب المحدود فى الزمن المعلوم ، والفرق بين القيمتين يكون الموصى به ، فإن كان أكثر من ثلث قيمة التركة غير محملة ولم يحز الورثة الوصية بالزيادة ، نفذت الوصية فى الثلث ، ونقص من المرتب بمقدار ما نقص من الموصى به فى جملة تقديره ، ولقد ضربت المذكرة التفسيرية لذلك مثلاً ، فقالت :

إذا كانت الوصية بمرتب خمسة جنيهات كل شهر من غلة التركة مدة عشر سنوات ، وقدر الخبزاء الفرق بين القيمتين بستمائة جنيه ، وكانت قيمة التركة خمسمائة وألف جنيه ، فإن الوصية ترد إلى خمسمائة جنيه ، ويكون المرتب أربعة جنيهات وسدس جنيه .

ونرى من هذا أن المرتب قد نقص منه بنسبة ما نقص من مجموع الموصى به ، اذ نزل من ستمائة الى خمسمائة ، وقد أشارت المذكرة الى أن تقدير الفرق بين قيمة التركة محملة بالمرتب ، وتقديرها غير محملة يرجع فيه الى أهل الخبرة ، وإذا قدر الموصى به ، ونفذت الوصية بالمرتب كله أو ببعضه ، فانه تخصص عين من التركة تفى غلاتها بالمرتب من غير تقييد العين بكونها تخرج من الثلث ، فإذا

(١) قد بينت أحكام هذا القسم المادة ٦٥ ، ونصها : « إذا كانت الوصية بمرتب من غلة التركة ، أو من غلة عين منها لمدة معينة تقوم التركة أو العين محملة بالمرتب الموصى به ، وغير محملة به ، ويكون الفرق بين القيمتين هو القدر الموصى به . فإن خرج من ثلث المال نفذت الوصية ، وإن زاد عليه ، ولم يحز الورثة الزيادة نفذ منها بقدر الثلث ، وكان الزائد من المرتب ، وما يقابله من التركة أو العين لورثة الموصى . »

كانت العين التي تفي غلاتها بالمرتب تخرج أولاً تخرج عن الثلث خصصت له ،
وقد سلك ذلك المسلك في الوصية بمرتب من رأس المال ، ولكن قيدت هناك
العين المخصصة بكونها من ثلث التركة ^(١) .

وإذا كانت الوصية بمرتب من غلات عين معينة من التركة ، فلاجل تقدير
قيمة الموصى به تقدر العين أيضاً محملة بالمرتب وغير محملة ، فالفرق بين القيمتين
هو مقدار الموصى به ، فإن كان يخرج من الثلث نفذت الوصية ، وإن كان يزيد
على الثلث لم ينفذ من الوصية إلا الثلث من غير إجازة الورثة ، والزائد لا ينفذ
إلا بإجازتهم ، وعلى ذلك إذا لم تنفذ الوصية كلها ينقص من المرتب الشهري أو
السوى مثلاً بمقدار ما نقص من مجموعه ، ليكون في دائرة الثلث وينقص من
العين بمقدار ما نقص من المرتب ، فإذا كانت قيمة المرتب في مجموع المدة ٥٠٠
جنيه نزلت إلى أربعمئة لأنها الثلث ، فانه ينقص من المرتب الشهري مثلاً
خمسة ؛ فإذا كانت عشرة جنيهات كل شهر نزلت إلى ثمانية ، وإذا كانت العين
الموصى بالمرتب من غلتها عشرة أفدنة استولى الورثة على اثنين منها ؛ إذ ينقص
منها أيضاً خمسها ، وهو فدانان كما ذكرنا .

وفي كل الأحوال إذا تضرر الورثة يخصصون عيناً غير التي ذكرها الموصى
وقد نصت على ذلك المذكرة التفسيرية .

١٤٨ — هذه أحكام القانون في تقدير الوصية بمرتب من غلات التركة
أو غلات عين معينة لمدة معلومة طالت أو قصرت ، وقد شرحناها ، بما تدل عليه
العبارات واستعنا في شرحها بالمذكرة التفسيرية التي اقترنت بوضعه .

ولنا بعد ذلك أن نقول إن مسلك القانون في ذلك التقدير غريب عن الفقه ،
والمنطوق ، وعن هذا القانون نفسه في جملة ما يؤخذ من قواعده التي بنيت مواده

(١) بينت المذكرة التفسيرية أنه يصح أن تزيد العين المخصصة على الثلث فقد قالت مانعه :
« وفي الوصية بمرتب من غلة التركة توقف عين تفي غلتها بالمرتب ، ولو كانت قيمتها أكثر
من الثلث ؛ لأن حق الموصى له في الغلة فقط ، وقصر العين الموقوفة على قيمة الثلث قد يضر
الموصى له فيها إذا كانت لا تنقل المرتب » .

على أصولها ، وجملة الأمور التي تدل على شذوذ هذا المسلك ثلاثة :

أولها — أن الوصية بمرتب من غلات عين معينة من التركة هي من قبيل الوصية بالمنافع ، وقد سلك القانون في تقدير الوصية بمنافع عين مسلوكا غير هذا فقرر أن الوصية ان كانت لمدة تزيد على عشر سنين قدرت الوصية بقيمة العين ، فإن كانت تخرج من الثلث نفذت ، وإن كانت لا تخرج لا تنفذ في الزائد إلا بإجازة الورثة ، فلماذا لم يسلك ذلك المسلك في الوصية بالمرتب من غلتها لمدة أكثر من عشر سنين ، فإن كان المرتب هو كل الغلة قدرت العين كلها مضافة الى التركة ، فإن كانت الثلث أو أقل نفذت . وإلا لا تنفذ ، وإن كان المرتب نصف غلة العين قدر نصفها بالنسبة للتركة كلها .

وكذلك اذا كانت الوصية بمنفعة عين عشر سنين فأقل فقد خالف ما ذكر في الوصية بالمنفعة ؛ اذ جعل هناك قيمة الوصية بقيمة المنفعة في هذه المدة ، فلماذا عدل القانون عن ذلك التقدير الذي قرره ، وقد كان أمهل ، اذ تحتسب مقاديره في المدة ، هذا مسلك غريب ومفارقة بين المسائل المتحدة في النوع الواحد في الحكم من غير مبرر ولا مقتض .

ثانيها — أن القانون يوصي بإشارته لا بعبارته بالاستعانة بأهل الخبرة في تقدير قيمة العين محملة بالوصية وغير محملة ، والفرق بينهما هو مقدار الموصى به ، وهذا غريب عن المنطق ؛ لأن الوصية بمرتب معلوم لمدة معلومة يمكن تقديره في ذاته تقديرا معينا محدودا ، فإذا كانت الوصية بمرتب شهري خمسة جنيهات لمدة عشر سنوات ، فهي وصية بمقدار معلوم من الغلات هو ستائة جنيه ، فينظر الى مقدارها بالنسبة للتركة ، أما تقدير العين محملة وغير محملة ، ففيه تحميل المسألة من التعمق ما لا نحتاج إليه ، وأظننا لو استشرنا أهل الخبرة لأشاروا بأن تقدير مجموع المرتب بضربه في عدد الأشهر للسنة ، ثم في عدد السنين أحكم وأدق ، وأضبط من تقدير القيمتين ، ولا ندري لماذا ترك ذلك التقدير القريب المعقول المضبوط الى غيره ، وهو غير مضبوط وغريب ، ولا بد أن أهل الخبرة سيسيروا على الأول .

ثالثها — أن القانون يقرر في الوصية بمرتب من غلة عين أنه اذا وجد أن الغلة أكثر من المرتب ، ينقص من العين بنسبة مانقص به المرتب عن الغلة ، وأنه لو لم تغل المرتب لا يؤخذ أكثر مما تغل الجزء ، وأنه لو زادت غلة الجزء الباقي يأخذ الزيادة الورثة^(١) اذا كان يستوفى سنة فسنة أو قامت قرينة تدل على ذلك ، وذلك تفكك في منطق القانون ، اذ جعل الاعتبار الأول للعين ، وقيمة المرتب ، ثم خالفه ، وهذا يؤدي الى صورة غريبة ، وهي أن تكون قيمة العين تساوي الثلث ، والمرتب المفروض عليها أقل من غلتها ، فينقص من العين بمقدار نسبة زيادة الغلة في مجموعه ، ويخصم المرتب من غلة باقى العين ، فإن أغلته أخذ ، وإن لم تغله لم يرجع على الورثة ، وإن أغلت أكثر أخذه الورثة ، ولنضرب لذلك مثلاً ، أوصى بمرتب شهرى خمسة جنيهات تؤخذ من غلة عشرة أفدنة معينة كل سنة لمدة ثلاثين سنة ، على أن تكون لمستشفى المواساة ، وله تركه ثلاثون فداناً ، فإن نفذنا منطق القانون ، وكانت غلتها أكثر من المرتب ، ينقص من العين خمسها مثلاً فتصير ثمانية أفدنة ، ثم إن كانت الأرض تغل أكثر من خمسة جنيهات فيكون الزائد للورثة ، وإن كانت تغل أقل لا يؤخذ من الورثة شيء للمستشفى ، وهذا بلا شك ظلم للموصى له ، فلم ينظر إلى العين في ذاتها ، أخرج من الثلث أم لا تخرج ، وبعد تطفيفها مع أنها تخرج عن الثلث لم يجعل للموصى له غرمها وغنمها ، بل له غرمها فقط ، فإن زادت غلتها على الخمسة أخذه الورثة ، وأدى إلى هذا الظلم مسلك القانون في هذه الجزئية الذى لم يعتمد على أصوله ، ولا على الفقه ، ولا على المنطق .

١٤٩ — شرحنا حال الوصية بمرتب إذا كانت بمدة معلومة سواء أ كان الموصى له معيناً أم كان عدداً محصوراً ، أم كان جهة لها صفة الدوام ، وقد بينا ما فى أحكام القانون من مسلك غريب عن مجموعة أحكامه ، وعن الفقه .

والآن نتكلم فى الوصية بمرتب لمعين مدة حياته ، سواء أ كانت بذلك

(١) راجع الفقرة الأخيرة من المادة — ٦٧ .

اللفظ ، أم كانت مطلقة ، أم كانت مؤبدة ، وفسرت بذلك^(١) فإنه تعتبر الوصية في هذه الحال كالوصية بمرتب لمدة معلومة ؛ لأن القانون قد سن الطريق لتقدير حياة الموصى له من بعد وفاة الموصى ، وذلك عن طريق تقدير الأطباء ؛ فما يقدرونه من سنين تقديرًا تقريبيًا يكون هو المدة المعلومة للوصية بالمرتب له ؛ فإذا قدروا حياته بعد وفاة الموصى بعشر سنين ، فإن الوصية بالمرتب له كأنها وصية بمدة معلومة قدرها عشر سنين .

وإذا علمت مدة الوصية رجعنا في تنفيذها وتقدير قيمتها بالنسبة لمجموع التركة إلى الأحكام السابقة في الوصية بالمرتب ، فإن كان المرتب من رأس المال يخص من التركة ما ينفذ الوصية ، بشرط ألا يزيد المخصص على الثلث ؛ وإلا احتجنا إلى إجازة الورثة ، وتنفذ الوصية في غلة العين المخصصة ، وإن لم تف الغلة بيع من العين ، إن لم يسد الورثة النقص ، وإن نفذت العين انتهت الوصية .

وإن كانت الوصية بمرتب من الغلات قدرت قيمة الموصى به بعد معرفة مدى الحياة بالطريق الذي شرحناه آنفًا ، وهو تقدير أهل الخبرة للعين محملة بالمرتب ، وغير محملة ، ويكون الفرق هو قيمة الموصى به ، وينفذ بالطريق الذي بيناه وانتقدناه آنفًا .

١٥٠ — وإذا مات الموصى له المعين قبل المدة التي قدرها الأطباء كانت الغلات والعين المخصصة لها للورثة ، أو كانت الوصية لمن بعده إن كان هناك موصى له من بعده ، وذلك لأن تقدير الأطباء تقريبي ، فإذا جاء الواقع خلافه ،

(١) أحكام هذا الجزء قد بينته المادة ٦٦ ، ونصها ، « إذا كانت الوصية بمرتب من رأس المال أو الغلة مطلقة أو مؤبدة ، أو مدة حياة الموصى له يقدر الأطباء حياته . ويوقف من مال الموصى ما يضمن تنفيذ الوصية على الوجه المبين في المادة ٦٤ إن كانت الوصية بمرتب من رأس المال . ويوقف ما يفل المرتب الموصى به على الوجه المبين في المادة ٦٥ إن كانت الوصية بمرتب من الغلة . فإذا مات الموصى له قبل المدة التي قدرها الأطباء كان الباقي من الوصية لمن يستحقه من الورثة أو من أوصى له بعده ، وإذا نفذ المال الموقوف لتنفيذ الوصية ، أو عاش الموصى له أكثر من المدة التي قدرها الأطباء . فليس له الرجوع على الورثة .

فإن الواقع ينفذ حكمه ، وإذا عاش الموصى له أكثر من المدة التي قررها الأطباء ،
تنتهى الوصية ؛ لأن الوصية قدرت كذلك ، وتنفذ على أساس هذا التقدير .

١٥١ - ولنا نظر في هذا الموضوع ، وقبل ابدائه نبين الأصل الفقهي
الذي اشتق منه القانون أحكامه في تقدير حياة الموصى له .

قد ذكرت المذكرة التفسيرية أن تقدير الحياة بمعرفة الأطباء أو أهل الخبرة
بذلك منهم مأخوذ مما ورد بمذهب مالك وبما روى عن أبي يوسف .

ولقد قرر هذان الإمامان أن تقدير الحياة يكون بما يتوهم أن يعيشه
في العادة ، ورأى القانون أن يكون بحسب أهل الخبرة الذين يبنى تقديرهم على
أسس علمية ، وإن كانت ظنية مقربة ، لا قطعية معينة .

وإليك نص ما جاء في المبسوط عن هذه الرواية المنسوبة لأبي يوسف :
« ولو أوصى بعشرين درهماً من غلته كل سنة لرجل ، فأغل سنة قليلاً ، وسنة
كثيراً ، فله ثلث الغلة كل سنة ، يحبس وينفق عليه كل سنة من ذلك عشرون درهماً
مأعاش ، هكذا أوجب الموصى ، وربما لا تحصل الغلة في بعض السنين ، فلهذا
يحبس ثلث الغلة على حقه ، وكذا لو أوصى بأن ينفق عليه منه كل شهر خمسة ، كما
أوجب الموصى ، وعن أبي يوسف أنه قال يحبس مقدار ما ينفق عليه في مدة
يتوهم أن يعيش إليها في العادة ، فأما ما زاد على ذلك ، فلا يشتغل بحبسه » (١) .

ومن هذا يستفاد أن أبا يوسف يفرض أقصى ما يعيشه مثل هذا الشخص
في العادة ولو بالتوهم ، والعبارة المنقولة تقرر أنه يحتسب المرتب في هذه المدة
التي يتوهم أن يعيش إليها في العادة ، ويعتبر ذلك المقدار هو الموصى به .

ولم يذكر عن مالك رضى الله عنه ، ولا عن الإمام أبي يوسف الحكم إذا
مضت المدة ولم يمت ، ولعله لم يذكر ذلك ؛ لأن فرضه غريب بعيد ، إذ قدروا
المدة على ما يصل إليه الوهم مقيداً بالعادة ، فهو تقدير يعد أقصى تقدير ، ولذلك

(١) المبسوط ج ٢٨ ص ٤ .

لم يفرضوا انتهاء المدة قبل وفاة الموصى له ، لأنها حد أقصى للتقدير .
ولكن ذكر عن ابن القاسم من أصحاب مالك حكم ذلك الفرض ، وهو أنه
إن عاش بعد انتهاء المدة لا يحق له أن يرجع بشيء على الورثة أى تنتهى الوصية
بذلك التقدير .

١٥٢ — ونقدنا لهذا الجزء فى القانون من ناحيتين :

أولاهما — أن القانون يقدر مدة الحياة بتقدير الأطباء ، وهو تقدير ظنى
تقريبى ، فإذا خالفه الواقع خضعنا لحكمه ، وكذلك سار القانون إذا مات قبل
انتهاء ما قرره الأطباء ، فقد خضع لحكم الواقع ، وخالف التقدير ، وكان حقاً
عليه أن يخضع كذلك لحكم الواقع إذا خالف التقدير ، فامتدت حياته إلى ما بعد
المدة التى قررها الأطباء ، فيجعل الوصية بالمرتب جارية عليه إلى نهاية حياته ،
كما تدل على ذلك إرادة الموصى ، فما قرره القانون مخالف للمعقول ، فوق
مخالفته لإرادة الموصى .

ولا يبرر القانون اعتماده على رأى ابن القاسم ، فما كان ذلك الرأى صواباً
لا يحتمل الخطأ ، وما يسوغ لواضع قانون أن يجعل أحكام القانون من آراء
غريبة غير متماسكة ، فيجىء خليطاً غير متناسب ، ولا مرتبط بالأحكام .

ثانيتها — أن القانون خالف الأصل الذى قرره فى الوصية بالمنافع ،
واعتمد على الأصل الذى ذكره ونراه غريباً شاذاً ، وهو تقدير مقدار الوصية
بالفرق بين القيمتين القيمة محملة بالمرتب ، وغير محملة .

وإن الأصل الذى قرره فى الوصية بالمنافع ، وهو تقديرها بقيمة العين
المتعلقة بها ، إن كانت لمدى الحياة ، وهو الأوفق للعمل هنا ، فإن الوصية
بالمرتب من الغلة ليست إلا وصية بالمنافع ، فله حكمها ، كما رأيت فيما نقلناه عن
المبسوط ، وكما هو مذكور فى كتب الفقه .

وإن السند الفقهى الذى اعتمدوا عليه لا يسير معهم ، فإن الرواية التى نقلها
المبسوط عن أبى يوسف وقد ذكرناها — تدل عبارتها على أن تقدير الحياة بأقصى

ما يتوهم لها في العادة ، فيقدر المرتب في هذه المدة بالمقدار ويعتبر كله من الثلث ، ويحبس من الغلات ما يساويه قدرأ ، وذلك غير ما قرره القانون ، فالقانون لا يجمع المرتب في مدى السنين التي قدرت ، ويحبس ويصرف منه ، بل يقدر فقط الحياة أولا ، ثم يقدر بعد ذلك المرتب بالطريقة الشاذة الغربية ، وكان عليه أن يسلك مسلك المصدر الذي أخذ عنه من كل الوجوه ، لا من بعضها ، فيبدو متقطعاً .

١٥٣ — هذه أحكام الوصية بالمرتب لشخص معين مدى الحياة ، ولنتنقل بعد ذلك إلى الوصية بالمرتب لمحصورين^(١) .

ونجد أن هذا النوع من الوصايا قد جعله كالوصية بمرتب لمعين ، ولذلك اشترط وجودهم جميعاً وقت موت الموصى ، وإن كانت الوصية لمحصورين تكون لطبقتين ، ولا تنفذ لأكثر من ذلك^(٢) واشترط وجود كل آحاد الطبقتين وقت وفاة الموصى ، وهذا بخلاف الوصية بالأعيان والمنافع ، فإن الوصية بهما لا يشترط فيها وجود الموصى لهم المعروفون بأوصافهم ، لا وقت الوصية ، ولا وقت وفاة الموصى ، بل الشرط امكان وجودهم ، وهنا اشترط وجودهم وقت وفاة الموصى لصحة الوصية ، وذلك لتكون كالوصية لمعين ، وتقدر أعمارهم بتقدير الأطباء ، ثم يقدر الموصى به من المرتبات ، على حسب ما بينا في الوصية بمعين تماماً .

ويلاحظ أن تقدير الأطباء لا يتبع فيه السن فقط ، بل أساسه الصحة العامة ، وسلامة الجسم ، وإذا قدر حياة كل واحد من الموصى لهم المحصورين ، أيعتبر كل واحد كأنه موصى له معين بشخصه ، فيقدر له المرتب ، ويخص مقدار ينتهي بانتهاء حياته أو بانتهاء ما قدر لحياهه ، أم تعتبر الوصية للمجموع ؟ ظاهر

(١) ذكرت أحكام الوصية بالمرتب للمعرفين بالوصف المادة ٧٠ ونصها : « لا تصح الوصية بالمرتبات من رأس المال أو من الغلة لغير الموجودين من الطبقتين الأوليين من الموصى لهم وقت موت الموصى ويقدر الأطباء حياة الموجودين ، بمرعاة الأحكام المبينة في الوصايا للمعنين » .

(٢) يلاحظ أن الوصية بمرتب من الغلة لمحصورين لا تنفذ لأكثر من طبقتين لأنها وصية بالمنافع وهي لا تنفذ لأكثر من طبقتين ، وقد صرحت بذلك المادة ٧٠ السابقة .

القانون وظاهر عبارات الذين يوصون لمحصولين أنه يعتبر مجموعهم ، وتقدر حياة مجموعهم ، لأنهم جهة الصرف ، إذ يصرف لجهتهم ما يقي منهم واحد أو اثنان على حسب ما ندل عليه العبارة من حيث اشتراط التعدد ، وإذا كانت الوصية لمجموعهم فتقدر مدتها بمدة أطولهم عمراً ، على حسب تقرير الأطباء الذين فوض الأمر إلى تقديرهم تفويضاً مطلقاً .

وتقدير مدة الوصية على أساس أنها للمجموع هو ما ذكرته المذكرة التفسيرية فقد قالت :

« وتقدر مدة الوصية بأطولهم عمراً » .

وهذا نظر معقول ، وتفسير مقبول ، لأنه هو الذى يتفق مع نص القانون ، ومع كون الموصى لهم من المعرفين بالوصف ، لا المعينين بالشخص .

١٥٤ — هذا وقبل أن ننتهى من بيان الوصية بالمرتبات نذكر نقطتين : (إحداهما) الوصية بالمرتب من الغلة إذا زادت الغلة في بعض السنين ، ونقصت في بعضها . والثانية إذا أراد الورثة أن يعطوا بدل المرتب مقداراً من المال يساويه ويستبدوا بالتركة .

أما النقطة الأولى^(١) . فقد ذكر القانون أحكاماً تتلأ في مع الوصية بالمرتب من رأس المال في بعضها ، وتختلفان في أكثرها ، فتتلاقيان في أن كليهما — إذا زادت الغلة في سنة عن المرتب الموصى به — لا يأخذ الموصى له الزيادة ، ويختلفان فيما عدا ذلك .

وخلاصة القول في الوصية بالمرتب ان الغلة ، أنه إن لم تف غلة العين المعينة لتنفيذ الوصية من غلتها أو المخصصة لذلك لا يأخذ الموصى له من الورثة الزيادة ، ولا يباع من العين ما يني بالمرتب ، لأن الموصى له في الغلة ، لا في العين بخلاف

(١) قد يمت ذلك أحكام الفقرة الثانية عن المادة ٦٧ وقد قلناها بالهامش عند الكلام في زيادة الغلة وقصها في الوصية بمرتب في رأس المال .

الوصية بالمرتب من رأس المال كما ذكرنا ، فإنها تنفذ من العين إن لم تفـ
الغلة بالمرتب .

وإن زادت غلات العين عن المرتب الموصى به ، لا يأخذ الموصى له الزيادة ،
كما ذكرنا ، ولكن أترد إلى الورثة ، أم تحبس لحسابه ، لتكميل نقص الغلات
في بعض السنين القابلة ؟

هذا يختلف باختلاف ما تدل عليه عبارة الموصى ، فإن كانت عبارة تدل على
أن المرتب جار له كل سنة لا يتقيد بغلات كل عام ، فإن الزائد يحبس ، ليسد
النقص في السنين القابلة ، أو الماضية ، فإن انتهت المدة ، وهناك محبوس من
فاضل الغلات كان لورثة الموصى ، لانتها الوصية ، وتنفيذها كاملة .

وإن كانت العبارة تدل على أن صرف المرتب كل عام يؤخذ من غلات هذا
العام لا يعدوها ، فإن الزائد من الغلات يصرف للورثة ، وما ينقص لا يرجع فيه
بالنقص عليهم ، لأن المرتب في كل عام مقيد بغلة العام ، لا يتجاوزها إلى عام
آخر ، فإذا زادت لا تعطى إياه ، لأنها تكون زيادة على المشروط ، ولا تحفظ
لسنة أخرى ، لأن ذلك أيضاً مخالف للمشروط ، ولا ينفذ إلا ما اشترط .

وهذه الأحكام مأخوذة من مذهب أبي حنيفة .

١٥٥— هذا بيان النقطة الأولى ، أما الثانية ، وهي جواز إيداع الورثة مقدار
المرتبات ^(١) التي يمكن تقديرها بمدة معلومة بناء على أصل القانون ، وهي المرتبات التي
تكون لمدة معلومة ، أو مقدرة بمدة يمكن تقديرها بمدة بشكل عام ، وبعبارة شاملة كل

(١) قد بينت أحكام ذلك المادة ٦٩ من القانون ، وهذا نصها : « في الأحوال المبينة في
الواد من ٦٤ إلى ٦٧ يجوز لورثة الموصي الاستيلاء على الموقوف لتنفيذ الوصية بالمرتب ، أو التصرف
فيه ، بشرط أن يودعوا في جهة يرضاها الموصى له ، أو يعينها القاضي جميع المرتبات نقداً ،
ويخصص للمبلغ المودع لتنفيذ الوصية ، فإذا مات الموصى له قبل نفاذ المبلغ المودع رد الباقي
لورثة الموصى .

ويزول كل حق للموصى له في التركة بالإيداع والتخصيص .

الوصايا بالمرتببات ما عدا الوصية بمرتب وصية مطلقة أو مؤبدة لجهة لها صفة الدوام ، أى لا يظن انقطاعها — فقد جوز القانون ذلك لغيرها ، وللورثة من بعد الإيداع أن يستبدوا بأعيان التركة من غير أى نزاع يثار بعد ، إذ يزول كل حق للموصى له بالمرتب من التركة بعد إيداع المرتبات ، وتخصيصها لاستيفاء المرتب منها فى نجومه المتوالية .

فإذا كانت الوصية لمدة معلومة قدرها عشر سنوات مثلاً ، وبمرتب شهرى قدره عشرة جنيهات كل شهر فاتفق الورثة مع الموصى له على إيداعها فى جهة يرضاها كمصرف من المصارف ، ويأخذ المرتب فى نجومه . فان الورثة يصيرون أحراراً فى التصرف فى التركة بعد الإيداع ، وإذا لم يتفقوا مع الموصى له على جهة ، فلهم أن يطلبوا من القضاء أن يعين الجهة التى يكون فى الإيداع بها ضمان لتسديد المرتب فى أزمانه ، وإذا عين القاضى الجهة ، وأودعت المقادير المطلوبة صار الورثة أحراراً فى التركة .

وإذا كانت الوصية لمعين وقدرت مدتها بحياته ، أو لمعرفين بالوصف محصورين ، وقدرت بحياتهم ، فإنه تقدر الحياة بتقدير الأطباء لها ، وتعتبر الوصية بعد ذلك التقدير معلومة المدة ، فيقدر المرتب فيها على أساسها .

وإذا مات الموصى له قبل انتهاء المدة المعلومة ، أو المقدرة التى صارت كالمعلومة ، فإن الباقي من الأموال المودعة لتنفيذ الوصية بالمرتب يأخذه الورثة ، لأن الموت ينهى الوصية ، ولو لم تنته مدتها ، إلا إذا أوصى من بعد الموصى له الذى مات لغيره .

ولا يجب على الورثة فى كل حال إلا تقديم ما يساوى الثلث .

ولكن كيف تقدر الوصية بالمرتب ، حتى تودع مقاديرها ؟ يضرب المرتب لكل سنة فى عدد السنين ، ويعتبر ذلك مقدار المرتب فى جملة السنين ، ويودع فى الجهة التى يرتضيها الموصى له ؟ أم تقدر قيمة المرتبة بالطريقة التى ذكرها القانون

في الوصية بمرتبة من غلة التركة، بأن تقدر التركة محملة بالمرتبة وغير محملة ،
والفرق هو قيمة المرتبة ، فيقدم ؟

قالت المذكرة التفسيرية : « تقدر الوصية بالمرتبة من رأس المال بحساب
المرتبات في كل المدة ، على ألا يزيد على الثلث ، وتقدر الوصية بالمرتبات من
الغلة بالطريقة المبينة في المادة ٦٥ . »

أى أن الوصية بمرتبة من رأس المال تقدر بضرب المرتبة بالسنة في عدد
السنين ، والوصية بمرتبة من الغلة تقدر بتقدير قيمة التركة محملة وغير محملة .
وهذا تفسير ، لا تؤيده عبارة القانون ، لأن عبارته تقول « بشرط أن
يودعوا جميع المرتبات نقداً ، وجميع المرتبات يعرف بالجمع والحساب ، ولأن
العبارة لم تفرق بين الوصية بمرتبة من رأس المال ، ومرتبة من الغلة ، فيجب
تقدير المرتبة بما يشمل الأمرين ، وقد سلمت المذكرة بأن تقدير رأس المال
تفيد العبارة أنه بطريق الجمع والحساب ، فيجب في المرتبة من الغلة أن يقدر
بالجمع والحساب أيضاً ، إذ العبارة تفيد ذلك والله أعلم .

٥ - مقدار الوصية

١٥٦ م - جعل القانون مقدار الوصية التي تنفذ من غير حاجة إلا لإجازة الورثة ثلث التركة عند الوفاة^(١) ، سواء أكانت لوارث أم لغير وارث ، فإن كانت أكثر من الثلث صحت ، ولكن لا تنفذ من غير إجازة الورثة إلا في الثلث ، وأما الزيادة فلا تنفذ فيها إلا إذا أجازها الورثة ، فإن أجازوا جميعاً نفذت في الزيادة على الثلث ، وإن لم يجزوا جميعاً بطلت في الزيادة ، وإن أجاز بعضهم وامتنع بعضهم عن الإجازة ، نفذت الوصية في الزيادة في حق المجيز ، وبطلت الوصية في الزيادة في حق عدم المجيز .

ولأجل معرفة ذلك تقسم التركة تقسيمين أحدهما على فرض الإجازة ، والآخر على فرض عدم الإجازة فمن أجاز أخذ نصيبه على تقسيم الإجازة ، ومن لم يجز أخذ نصيبه على تقسيم عدم الإجازة ، فمثلاً إذا كانت التركة ١٢٠ (عشرين ومائة فدان) فأوصى بنصفها لجمعية خيرية ، والورثة بنتاه وابنه فأجازت إحدى البناتين ، ولم يجز الآخران ، تقسم التركة أولاً على فرض الإجازة ، فتقسم التركة أولاً هكذا : للوصى له النصف ستون فداناً ، والباقي هو ستون للذكر مثل حظ الأنثيين ، فيكون للبنات خمسة عشر وللابن ثلاثون .

وتقسم ثانياً هكذا على فرض عدم الإجازة : للوصى له أربعون فداناً ، والباقي للذكر مثل حظ الأنثيين فيكون لكل بنت عشرون ، وللابن أربعون .

وبما أن إحدى البناتين أجازت الوصية ، فأتخذ نصيبها بتقسيم الإجازة ، وهو خمسة عشر فداناً ، ويأخذ كل من الباقيين نصيبه على فرض عدم الإجازة ،

(١) مقدار الوصية يتبين من المادة ٣٧ ، ونصها : « تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره ، وتنفذ من غير إجازة الورثة ، وتصح بما زاد على الثلث ، ولا تنفذ في الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصى ، وكانوا من أهل التبرع عاقلين بما يجيزونه ، وتنفذ وصية من لادين عليه ، ولا وارث له بكل ماله ، أو بعضه من غير توقف على إجازة » .

وهو عشرون للبنت ، وأربعون للابن ، والباقي للموصى له ، وقدره ٦٥ .

١٥٧ م — والإجازة المعتبرة تكون بعد الوفاة ، ولا عبء للإجازة قبل الوفاة ، لأن تنفيذ الوصية هو وقت الوفاة ، فالمعتبر هو وقت تنفيذها ، ولأنه قبل وفاة الموصى لا يعرف الورثة على التعيين ، لأنه عسى أن يموت أحدهم قبل الموصى ، وعسى أن يوجد من يحجب بعضهم . وعسى أن يكون من بعضهم ما يقتضى حرمانه ، فالصفة التى كانت سبباً للحق لم تثبت ، ولم تقرر ، ولأن الإجازة تبرع بحق ، ولا يكون التبرع قبل ثبوت الحق ، وقبل الوفاة لم يثبت الحق المتبرع به ، إذ حق الوارث لا يتقرر ويثبت إلا بعد الوفاة .

والوارث الذى تعتبر إجازته هو الوارث الذى يكون أهلاً للتبرع ، وهو كامل الأهلية ، البالغ العاقل الرشيد الذى لم يحجر عليه لسفه أو غفلة ، وذلك لأن الإجازة كما قلنا تبرع ، والتبرع تصرف ضار ضرراً محضاً لا يجوز من غير الرشيد ، ولا يجوز من وليه ، لأن الولي عليه ولايته للمصلحة والنظر له ، وليس من النظر له التبرع من ماله ، إذ هو نقص له .

ولابد أن يكون المجيز عالماً علماً كاملاً بالوصية ليحيزها ، لأن الجهالة تمنع صحة التصرف ، ولأن الموصى به هو محل الإجازة أى محل التصرف ، فيجب أن يكون المجيز عالماً به على وجه خال من كل تغيير .

ويجب التنبيه إلى أمرين : (أحدهما) أن الثلث المعتبر هو مما يكون تركته خالصة من كل دين ، لأن سداد الدين أولاً ، وبعد الدين تقدر الوصية بثلث الباقي بعد سداد الدين ، لأن الورثة يجب أن يخلص لهم ثلثا الباقي بعد سداد الديون ، ولا يخلص لهم الثلثان كاملين ، إلا إذا كان تقدير الوصية مضافاً إلى التركة الخالصة من الدين .

(ثانيهما) أن التركة إذا كانت خالية من الدين ، ولا وارث للموصى ، بل سيذهب المال إلى بيت المال ، أى إلى الخزنة العامة — نفذت الوصية كلها ، وذلك لأن بيت المال آخر المستحقين للتركة ، إذ أن الموصى له بأكثر من الثلث مقدم عليه .

١٥٨ — وهناك بحث يثيره الفقهاء ولم يتعرض له القانون بنص صريح ، وهو نفاذ الوصية في الزائد عن الثلث إن أجازته الوارث ، أيعتبر التملك من الموصى أم يعتبر التملك في هذا الجزء الزائد من الوارث ؛ لأنه إما لاشك فيه أن إجازة الوارث تبرع من قبله ، ولكن الحنفية مع ذلك قرروا أن التملك من الموصى ، وقد ذكروا عن الشافعى أن التملك من جانب الوارث لا من جانب الموصى ، وكلام الشافعى في هذا يقوم على أصل في مذهبه ، وهو أن الوصية بما زاد على الثلث باطلة في أحد قوليّه ، وإذا كانت كذلك ، فإجازة الوارث تملك مبتدأ ، ولذا كان لا بد فيه من القبض ، وقد قوى ذلك المعنى بأن من المتفق عليه أن إجازة الوارث إذا تمت في مرض موته هو ، لم تعتبر إلا في ثلث تركته ، ولو كانت تملكاً من الموصى ما اعتبرت من ثلث مال الوارث المريض مرض الموت ؛ لأن التبرع ليس من ماله ، بل من مال غيره .

أما الحنفية ، فقد قرروا أن الإجازة وإن كانت بالنسبة للوارث تبرعاً لا يعتبر التملك منه ، بل يعتبر التملك من الموصى ، وذلك سير على أصلهم المقرر عندهم الثابت ، وهو أن الوصية بأكثر من الثلث تصح ، ولا تقع باطلة ، بل يتوقف نفاذها على إجازة الورثة ، وذلك لأن الوصية مهما يكن مقدارها تصرف من الموصى في ملكه ، والأصل في تصرف الإنسان في ملكه النفاذ ، لصدر التصرف من أهله مضافاً إلى محله ، وإنما امتنع النفاذ في الزائد على الثلث ، لحق الورثة ، إذ وقت تنفيذ الوصية تعلق حقهم بالثلثين ، فإذا أجازوا ، فقد زال المانع ، وبقي السبب المنشئ للملكية الموصى له قائماً ، وهو وصية الموصى ، فهو إذن يملك ما يملك من زيادة على الثلث ، كما يملك الثلث بالسبب المنشئ وهو التصرف الصادر عن الموصى ، فليست الإجازة إذن منشئة للحق ، حتى يسند التملك إلى الوارث ، بل الإجازة منفذة للحق ، وإنشاؤه كان بالعبارة المنشئة للوصية ، وبعبارة أدق الإجازة كانت إزالة للمانع الذى منع من إعمال السبب ، وهو حق الوارث .

وأما اعتبار الإجازة من الثلث إذا كان الوارث المجيز قد أجاز وهو في مرض الموت ، فلأن الإجازة تبرع ، وإن لم تكن تملكاً مبتدأ ، ولا يلزم من كونها تبرعاً أن يكون التملك من الوارث ، لأن وجه التبرع في الإجازة أنها إسقاط لحق كان يترتب على الاستمسك به امتلاك ، فبإسقاطه زال امتلاك المجيز ، والتبرع الذي يكون على هذا الشكل إذا كان في مرض الموت اعتبر من الثلث (١) .

ولهذا النظر عند الحنفية لم تحتاج ملكية الموصى له في الزائد إلى القبض ، لأن الإجازة ليست هبة مبتدأة منشئة للملكية عندهم ، بل الملكية ثابتة بالوصية ذاتها . والقانون سلك مسلك الحنفية في الظاهر ، لأنه لم يعتبر الوصية بأكثر من الثلث باطلة ، بل اعتبرها صحيحة ، وجعل نفاذها فقط هو المتوقف على إجازة الورثة ، وإذا كان قد صرح بذلك ، فقد كان في هذا آخذاً بما أخذ الحنفية ، ولذلك نقول إن الملكية في الجزء الزائد لا يعتبر الوارث قد أنشأها بإجازته ، بل يعتبر المنشئ لها هو الوصية ذاتها ، ويعتبر الامتلاك على جهة الوصية ، لا على جهة الهبة المبتدأة . فلا تحتاج إلى قبض ، ولا تحتاج إلى عقد رسمي ، ولو كانت هبة لاحتاجت إليهما ، إذ الهبة في القانون المدني يلزم فيها القبض اليدوي أو العقد الرسمي ، وقد سلم الامتلاك في الزائد منهما .

١٥٩ — وقبل أن نترك الكلام في مقدار الموصى به ، نشير إلى موضوع قد كثر الكلام فيه ، ذلك أن القانون قد جاء فيه النص في تقدير الوصية النافذة من غير حاجة إلى إجازة الورثة نصاً شاملاً عاماً ، يعم المصريين جميعاً ، من غير استثناء طائفة منهم ، فيشمل المسلمين وغير المسلمين من المصريين ، ولكن قد اقترن إصداره بنزعتين قد بدت في بعض إخواننا غير المسلمين .

(إحداهما) إجازة الوصية بكل المال مطلقاً ، مهما يكن نوع الورثة ولو كانوا الوالدين والأقربين من الذرية ، (والثانية) إجازة الوصية بكل المال للوالدين والأولاد وحرمان غيرهم من الورثة إذا كانوا من الحواشي ، أو الأصول غير الوالدين

(١) لحصنا هذا الجزء من البدائع ج ٧ ص ٢٧٠ .

ونريد أن نذكر هل يتسع الفقه الإسلامى لهذا ؟ وهل يكون فيه مصلحة ؟
إذ عسى أن يعود التفكير فيهما جزءا ، فنقول فى الأمر الأول . إن جمهور
الفقهاء المسلمين على أن القدر الذى تنفذ فيه الوصية من غير إجازة الورثة هو
المالم يخرج عن الثلث عند موت الموصى ، بعد تجهيزه وتكفينه ، وسداد ما عليه
من ديون لما مطالب من جهة العباد .

ولم يخالف الجمهور فى ذلك إلا بعض آل البيت فيما روى عنهم ، وبعض
الخوارج الإباضية ، فالأولون كان منهم من أجاز الوصية بكل المال ، والآخرين
منهم من أجاز الوصية بالنصف ، وبعضهم أجاز أكثر من ذلك ، ولكن القولين
غريبان شاذان قد أقر بشذوذهما بقية فقهاء الشيعة ، وبقية فقهاء الخوارج
الإباضية ، حتى لقد قال الشيعة فى الأول إنه مخالف لإجماع المسلمين ، ولم يذكر
بعض الإباضية الثانى فى كتبهم لغرابته .

اذن فليس لإجازة الوصية بأكثر من الثلث من غير إجازة الورثة معتمد
من الفقه الإسلامى ، يسوغ الاعتماد عليه ، حتى يمكن أن يكون شرعا عاما
لكل المصريين من مسلمين وغير مسلمين .

١٦٠ — وإذا كان الفقه الإسلامى لم يتسع لجعل الوصية بأكثر من الثلث
نافذة لكل المصريين ، فهل يتسع لجعل ذلك خاصا بغير المسلمين مطلقا ،
أو للوالدين والأولاد من الورثة ، وجواز حرمان الحواشى من التركة ؟ لقد
جاء فى المذهب المالكى أن غير المسلم إذا كان له وارث من أهل دينه ، فإن
وصيته بماله كله أو بعضه تكون صحيحة .

وهذا القول بلاريب يتسع لنفاذ الوصية من غير المسلمين بأكثر من الثلث
مطلقا ، أو إذا كان للوالدين والأولاد ، ولكن إذ جعل لغير المسلمين حكما
فى الوراثة يخالف حكم المسلمين فان ذلك لا يعد سائغا مقبولا فى المنهج القانونى
المتفق مع المناهج القانونية المعمول بها فى كل البلدان .

إن القوانين في كل البلدان تعم ولا تخص ، فكل الطوائف في أى أمة من الأمم الأوربية تخضع في نظمها المالية لقوانين واحدة ، نعم إن أحكام الزواج والطلاق وما يتصل بهما يرجع فيها إلى الدين ، لأن نظام الزواج خاضع للطقوس الدينية ، ولو ضيق على الطوائف المختلفة فيه لكان تقييداً لحرية الديانة وذلك لا يسوغ ، وقد أقر الإسلام ذلك ، فكان يترك لغير المسلمين الذين تحت سلطان الحكم الإسلامى الحرية المطلقة في كل ما يدينون به . أما التوريث فهو من النظم المالية . ويجب أن يكون موحداً ، وكذلك صار القانون المصرى من أقدم العصور ، فكان نظام الميراث الإسلامى يطبق على كل المصريين ، والوصايا لو أطلقت بكل المال لكان ذلك هدماً لنظام التوريث ، فكان واجباً أن تخضع هى الأخرى لنظام الوصايا فى الإسلام ، وبذلك جاءت النصوص ، وبذلك جاءت أحكام القضاء فى مصر ، لم يشذ فيها حكم بخلاف ذلك .

ولقد كان من نتائج تطبيق الميراث الإسلامى والوصايا على جميع المصريين ، بل على جميع سكان الشرق العربى أن أصبح تقليداً مستقراً فى الأسرة المصرية يحكم بناءها ، ويقوى دعائمها ، فتقليد الأمم الغربية فى إجازتها الوصايا مطلقة المقدار ، تفكيك لعرا الأسرة الشرقية مسلمة وغير مسلمة ، ولو كان تنفيذ الوصايا فى كل المال ذلك مشتقاً من وصايا دينية ، أو مبادئ لاهوتية ، لكان لها احترام فلا نعترض عليها ، ولكن تنفيذ الوصايا مطلقة لا يعتمد على شئ من ذلك ، فحق لنا أن نطلب الوحدة فى النظم المالية ، ومنها الميراث ، والوصايا ، ولقد سهل القانون طريق المحاباة لبعض الورثة تسهيلاً لم يسبق به فى تاريخ مصر والأمم العربية ، وهو إجازة الوصية لو ارث ، وكفى ذلك .

حكم الوصية

١٦٦ م — تطلق كلمة الحكم ثلاثة اطلاقا : (أولها) الحكم التكليفي من حيث الوجوب والنذوب . والإباحة والتحريم والكراهة ، (وثانيها) الوصف الشرعي من حيث الصحة ، واللزوم وعدم اللزوم ، (وثالثها) الأثر المترتب على التصرف الشرعي .

ولنتكلم في هذه الأمور الثلاثة في الوصية :

١٦٢ م — أما أولها ، وهو الحكم التكليفي للوصية ، فنقول فيه إن الأصل في الوصايا أن تكون مباحة ، ولكن يفوت الشخص في حياته أحيانا بعض الواجبات المالية اللازمة ، فتكون الوصية واجبة ، وقد يتجه بها نحو الخير كالوصية للجهات البر فتكون مستحبة ، وقد يتجه بها نحو الشر ، فتكون حراما وقد يتجه بها إلى طريق مريب ، فتكون مكروهة ، وعلى ذلك اعترتها الأحكام الخمسة .

فهى مباحة إذا كانت لغنى لا يقصد بها معصية ، ولا يكون في الباعث إليها معصية ، لأن الصرف إلى الأغنياء ليس قرينة ، فتحسب الوصية لهم من القرابات المستحبة ، وليس في الأمر نهى خولف ، فتكون الوصية مكروهة أو حراما ، فلم تبق إلا أن تكون مباحة .

وهى مكروهة إذا كانت لأهل الفسق إذا لم تقترن الوصية ، بباعث محرم ، لأنها إن اقترنت بباعث محرم كانت حراما ، وإنما كانت هذه الوصية مكروهة مع عدم وجود الباعث المحرم خشية أن يستعين بها الفاسق على فسقه ، وإذا كانت لتدفع فسق الفاسق ، كأن يكون سارقا ، فإذا أوصى انقطع عن السرقة ، فإن الوصية في هذه الحال لا تكون مكروهة ، بل تكون مباحة بل أقرب إلى الاستحباب ، وفي الجملة تكره إذا غلب على الظن أن الموصى له يصرفها في أبواب الفسق والفجور .

وهى حرام إذا كانت في معصية ، أو الباعث عليها معصية ، وقد أبطلها القانون ، وجرمها الشرع .

وهي واجبة إذا كانت لأداء ما فاته من زكوات وكفارات ، وفدية صيام ، وأداء الديون التي عليه إذا لم تكن عليها بينات مثبتة ومستحقة في القربات غير اللازمة .
وتكون مندوبة إذا كانت في القربات الدينية غير الواجبة كالوصية للفقراء والمحتاجين .

وهذه كلها أحكام دينية تكليفية ، الحساب فيها بين العبد وربّه ، قد أخذ القانون ببعضها ، وقد أتى هو بنوع من الوصايا أوجه وكلف المورث أن يقوم به ، وأوجه عليه ، فإن لم يَقم به نفذ بحكم القانون ، وهو ما يسمى الوصية الواجبة .

الوصية الواجبة في القانون

١٦٣ م — هذا حكم قد جاء به القانون ، ولم يسبق بمثله ، وقد وجدت الداعية إليه ، وذلك أنه في أحوال غير قليلة قد يموت الولد في حياة أبيه أو أمه ولو كان قد عاش إلى موتهما لورث مالا كثيراً ، ولكنه قد مات قبلهما أو قبل أحدهما ، فانفرد بالميراث إخوة المتوفى ، وصار أولاده في فقر مدقع ، واجتمع لهم مع اليتيم وفقد العائل الكألى الحرمان والفقر ، واضطرب ميزان التوزيع في الأسرة ، فصار بعضها في ثروة ترى عليه أثر النعمة مما وصل إليه من ميراث وصار بعضها الآخر في متربة بسبب الحرمان الذي أصابهم بموت أبيهم المبكر وكثيراً ما كانت الأسر المتعاونة تحمل الأب أو الأم على الوصية لأولاد ولدهم المتوفى .

فجاء القانون ، وقرر ذلك المبدأ العادل ، واعتبره وصية واجبة معتمداً على بعض نصوص القرآن الكريم ، وبعض آراء الفقهاء كاسنين ، وسد بذلك النقص ، فجعل من الواجب على الموصى أن يوصى ، فإذا لم يفعل ، أو عاجلته المنية قبل أن ينفذ ما هم به ، كانت تلك الوصية نافذة من غير إنشاء للتصرف بل تنتقل إلى الفروع بحكم القانون ، كما ينتقل الميراث .

١٦٤ م — هذا وليبان أحكام القانون في هذه الوصية نقول : إن القانون أوجب

على الشخص أن يوصى لفرع ولد المتوفى الذى لا يرث شيئاً ، مهما ينزل الفرع ، مادام لم يتوسط بينه وبين ولده أنثى ، وإذا كان الولد المتوفى فى حياة أبيه ذكراً ثبت ذلك الحق لابنه ، وابن ابنه ... وإذا كان ذلك الولد المتوفى فى حياة أبيه أو أمه أنثى لا يستحق تلك الوصية الواجبة^(١) كل فروعه ، بل يستحقه فقط الطبقة الأولى أى أولاد البنات فقط دون أولادهم ، وعند ما يكون ذلك المتوفى ذكراً ، يأخذ فروعه مهما ينزلوا ما داموا من أولاد الظهور ، مع ملاحظة أن يحجب كل أصل فرعه دون غيره ، فإذا كان هناك ابن مات فى حياة أبيه ، وقد

(١) بينت أحكام الوصية الواجبة المواد ٧٦ ، ٧٧ ، ٧٨ ، وهذا نصها :

المادة ٧٦ — إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذى مات فى حياته أو مات معه ، ولو حكماً ، بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثاً فى تركته لو كان حياً عند موته وجبت للفرع فى التركة وصية بقدر هذا النصيب فى حدود الثلث بشرط أن يكون غير وارث ، وألا يكون الميت قد أعطاه بغير عوض من طريق تصرف آخر قدر ما يجب له ، وإن كان ما أعطاه أقل منه وجبت له وصية بقدر ما يكمله ، وتكون هذه الوصية لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات ، ولأولاد الأبناء من أولاد الظهور وإن نزلوا ، على أن يحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره ، وأن يقسم نصيب كل أصل على فرعه وإن نزل قسمة الميراث ، كما لو كان أصله أو أصوله الذين يدل بهم إلى الميت ماتوا بعده ، وكان موتهم مرتباً كترتيب الطبقات .

المادة ٧٧ — إذا أوصى الميت لمن وجبت له الوصية بأكثر من نصيبه كانت الزيادة وصية اختيارية ، وإن أوصى له بأقل من نصيبه ، وجب له ما يكمله ، وإن أوصى لبعض من وجبت لهم الوصية دون البعض الآخر ، وجب لمن لم يوص له قدر نصيبه ، ويؤخذ نصيب من لم يوص له ، وبوفى نصيب من أوصى له بأقل مما وجب من باقى الثلث ، فإن ضاق عن ذلك فنه ، ومما هو مشغول بالوصية الاختيارية .

المادة ٧٨ — الوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا ، فإن لم يوص الميت لمن وجبت لهم الوصية ، وأوصى لغيرهم استحق كل من وجبت له الوصية قدر نصيبه من باقى ثلث التركة إن وفى ، وإلا فنه ، ومما أوصى به لغيرهم .

ترك ذلك الابن ولدين مات أحدهما أيضاً في حياة جده عن أولاد ، فإن الوصية الواجبة تكون لأولاد الولد المتوفى بقدر نصيبه مع أخيه ونصيب ذلك الابن يؤول إلى أولاده ، فإن كان للوصى مثلاً ابن مات في حياته ، وترك محمداً وعلياً ، ومات علي أيضاً عن ذرية في حياة جده ، فإن الوصية الواجبة تكون لمحمد وعلي مناصفة ، وما يخص محمداً يأخذه ، وما يخص علياً يكون لأولاده يقسم قسمة الميراث ، للذكر مثل حظ الأنثيين ، وهكذا يلاحظ أمران :

(أحدهما) أن كل أصل يحجب فرعه دون فرع غيره ، وأن نصيب المتوفى في أى طبقة يأخذه أولاده ، إلا إذا كان الأصل المتوفى ولد بنت فإن فروعه لا يأخذون ، لأن أولاد البنات لا ينال منهم من الوصية الواجبة إلا الطبقة الأولى بعد البنت ، والطبقة الأولى هي ولد البنت المتوفى ، فلا يستحق أولاده ، لأنهم الطبقة الثانية .

(ثانيهما) أن التقسيم بين المستحقين للوصية الواجبة يكون كتقسيم الميراث دائماً للذكر مثل حظ الأنثيين ، لأنها تعويض عما كان يناله أصلهم من الميراث ، قد فوته عليهم الموت السابق على موت المورث الأصلي ، وأساسها ألا يستحق فرع الولد المتوفى ميراثاً قط .

١٦٥م — شروط إيجاب الوصية الواجبة : يشترط لإيجاب الوصية للفروع

الذين ذكروا (١) ألا يستحقوا شيئاً قط من الميراث كما نوهنا ، فإن استحقوا ميراثاً ، ولو كان قليلاً ، لا تجب الوصية ، وتكون الوصية لهم من قبيل الوصية الاختيارية تجرى عليها أحكامها كاملة ، وعند ضيق الثلث عن كل الوصايا يتزاحمون مع غيرهم بحكم النسبة .

(٢) ويشترط أيضاً ألا يكون الميت قد أعطاهم بغير عوض عن طريق

آخر كطريق الهبة أو الوقف ما يساوى الوصية الواجبة ، وإن كان قد أعطاهم أقل منها وجبت لهم وصية بما يكمل المقدار الواجب في الوصية ، فإذا كان الميت قد أعطى أصحاب الوصية الواجبة بالهبة نصيب أبيهم ، فليست لهم

وصية ، وإذا كان قد أعطاه أقل من نصيب أبيهم كمل لهم بالوصية نصيبه ، إن كان المجموع يدخل في حدود الثلث ، وكذلك الوقف .

وهنا أمر كان يجب أن يحتاط له عند وضع قانون الوصية ، أو قانون الوقف وهو أن يحفظ لأصحاب الوصية الواجبة حقهم فيها عند وقف كل المال ، كما حفظ لفروعه الوارثين حقهم فيه ، وإلا كان للبيت أن يخرج من الوصية الواجبة بوقف المال^(١) لكل ورثته ، أو لهم ولغيرهم من غير أن يكون لأصحاب الوصية الواجبة أى قدر منه قل أو كثير ، وبذلك يكون القانون قد هدم بيد ما بناه باليد الأخرى ، فأوجب الوصية فى الوصية ، وفتح الباب للاقتالات من حكمها بالوقف ، والقانونان قد صدرا فى وقت واحد تقريبا .

ومن الإنصاف أن نقرر أن واضعى المشروع قد قدموه لدار النيابة ، وفى قانون الوقف الاحتياط لذلك ، إذ قد نص على ضرورة المحافظة على مقدار الوصية الواجبة بالوقف عند وقف المال كله ، ولكن وجد اقتراح فى دار النيابة بتأخير ذلك إلى قانون الوصية ، ثم جاء قانون الوصية من غير أن يشتمل على النص المقترح ، فعسى أن يتدارك ذلك فى القانون ، وأن يلاحظ القضاء عند التطبيق ذلك الغرض الذى ثبت رسميا ، وفى عبارات القانونين ما يتسع ذلك ، إذ أصحاب الوصية الواجبة بحكم القانون من الفروع المستحقين ، بإيجاب هذه الوصية ويصح حفظ حقهم فى الثلث وصية .

١٦٦ — هؤلاء هم أصحاب الوصية الواجبة ، والأصل فى وجوبها أن الفرع يموت قبل أن يستحق الميراث ، فتجب الوصية بما يعوضهم ما فاتهم ، أو بعض ما فاتهم ، وإن ذلك يكون إذا كان موت الفرع قبل أصله ولو حكما ، كابن مفقود حكم بموته ، وأبوه حى ، فإنه يعتبر قد مات قبل أبيه بحكم القضاء بموته كأن يكون قد غاب أربع سنين فأكثر فى مظنة هلاك ، فحكم بموته ، فإن أولاده تكون لهم الوصية الواجبة باعتبار أن أباهم قد مات فى حياة أصله بحكم القضاء ، ولعله لم يمت بالفعل ، والظاهر أنه إذا ظهر حيا ، واستحق الباقي من

(١) هذا على أن الوقف الأملى كان جائزا وقد منع بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٥٢

الأملاك التي كان يرثها أن تبطل الوصية ، إن لم تكن باختيار الموصى ، بل كانت بحكم القانون ، وهي الحال التي تنفذ فيها إذا لم تكن وصية ، وذلك لأن الوصية التي تنشأ بحكم القانون من غير أن تكون هناك إرادة للموصى فيها ، لا يمكن أن تكون أقوى من الميراث ، وإن المفقود إذا ظهر حياً ، بطل ميراث من كان يمنعه وجود المفقود من الميراث ، واستحق من المال ما كان موجوداً . فكذلك الوصية التي تنشأ وتنفذ بحكم القانون ، لا بعبارة الموصى ، ولأن هذه الوصية مبنية على موت أصلهم الذي يرث الموصى ، فعوضوا عما فاتهم بميراث أصلهم بهذه الوصية ، فإذا استحق أصلهم الميراث ، فقد بطل السبب الذي أوجبها ، ويبطل ما في ضمنه .

أما إذا كان الشخص قد أوصى باختياره لهؤلاء الذين ذكرهم القانون ، فإنا لا نجد مسوغاً لإبطال عبارته ، إلا إذا كان قد قيدها بموت المفقود ، وعدم ظهوره حياً ، فإنها تبطل بظهوره ، لأن وجودها مقيد بشرط ، ولم يتحقق ذلك الشرط .

والوصية الواجبة كما تكون إذا مات الفرع قبل أصله ، حقيقة أو حكماً وهو المفقود الذي يحكم القاضي بموته في حياة أحد أبويه ، فيأخذ أولاده ما كان يستحق كذلك تكون الوصية الواجبة إذا ماتاً معاً ، بأن كان حريقاً أو هدم مسكن مثلاً فمات الفرع والأصل فيه ، ولم يعرف من الذي سبقت إليه المنية منهما ، ففي هذه الحال أيضاً تكون الوصية الواجبة ، لأن الفرع لا يرث من الأصل ، إذ من المقرر في قانون الميراث أن الغرقى والهدمى والحرقى ، وغيرهم ممن لا يعلم من سبق إليه الموت ممن اشتركوا في سببه لا يتوارث بعضهم من بعض ، فلا يرث الفرع أصله ، وإذا لم يرث الفرع الأصل وورث غيره كان هذا محل الوصية الواجبة فتكون ، وهنا لا يتصور أن تصدر الوصية عن الأصل ، بل إنها تنفذ بحكم القانون من غير حاجة إلى إنشائها بعبارة الموصى .

هذا ويلاحظ أنه إذا استحق أولاد المفقود الذي حكم بموته الوصية الواجبة ثم ظهر حياً بعد ذلك يرجع عليهم بما أخذوا إذا كان في أيديهم ، ولا يضمنون لما استهلكوا أو تصرفوا فيه .

١٦٧ — وتقدر الوصية الواجبة بمقدار ما كان يستحقه أصله من ميراث
فاذا مات الشخص عن ابن وبنتين وأولاد ابن متوفى في حياة أبيهم ؛ فانهم
يأخذون نصيب أبيهم بالوصية الواجبة ، وهو هنا ثلث التركة ، وإذا كان الشخص
توفى عن ابن ، وبنت ، وأولاد بنت توفيت في حياة أبيها ، فانهم يأخذون
نصيب أمهم يقسم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين وما يستحقونه في هذه الحال
هو ربع التركة ، وهكذا . . . وغير ذلك من الصور والمسائل .

ولكن يشترط ألا يزيد النصيب على الثلث ، فان زاد على الثلث لم تنفذ
الوصية من غير إرادة الورثة إلا في الثلث . ولم تجب إلا في الثلث ، فاذا مات
الشخص عن بنت وابن ، وأولاد ابن مات في حياة أبيه ، فان الذي كان يستحقه
الابن المتوفى في حياة أبيه هو خمس التركة ، وهذا أكثر من الثلث ، فلا يأخذ
أولاده إلا الثلث يقسم بينهم قسمة الميراث للذكر مثل حظ الأنثيين .

والخلاصة أن الوصية الواجبة تقدر بالأقل من القدرين : الميراث الذي
كان يستحقه الفرع الذي توفى في حياة أصله ، والثلث ، فان كان الميراث هو
الأقل قدرت به ، وإن كان الثلث هو الأقل قدرت به .

وإذا أوصى الموصى بأكثر من القدر الذي أوجبه الوصية كانت الزيادة
وصية اختيارية تجرى عليها أحكام الوصايا الاختيارية من كل الوجوه ، لأن
الواجب الذي اختص بالزوم هو القدر الذي حده القانون ، فلا يتجاوز مقداره .

وإذا أوصى بأقل من القدر المحدود على النحو الذي بيناه ، وجبت الوصية
بما يكمله ؛ لأن هذه الوصية لا تحتاج في وجودها إلى ذكر العبارة المنشئة لها .
بل القانون أنشأها وينفذها ، وإن لم تكن عبارة من الموصى تدل على
إنشاء التصرف .

وإذا كان ذلك هو الحكم إذا لم ينشئ المورث الوصية ، فكذلك إذا
أنشأها ناقصة عن القدر المطلوب ، فانها تكمل ، حتى تصل إليه ، لأنه إذا
كان القانون ينشئها كلها ، فأولى أن يكملها إلى قدرها .

وكذلك إذا أوصى لبعض من وجبت له الوصية واغبرهم ، وترك بعضاً ممن يجب له ، فإن القانون يعطى من لم يوص له حقه غير منقوص ، ويؤخذ ذلك من باقى الثلث إن كان يسع ما أوصى به الموصى ، وما يستحق من تركته من الوصية الواجبة بحكم القانون ، فإن لم يسعه كمل نصيب المستحق من الوصية الاختيارية إن كانت ثمة وصايا اختيارية ، وما عساه يكون من زيادة فى نصيب من خصه بالوصية . وترك غيره .

١٦٨ — والقول الجملى فى هذا المقام أن الوصية الواجبة تنفذ ، وإن لم تصدر عن الموصى صيغة منشئة لها ، وأنه إن صدرت الصيغة ولم تكن على الوجه الذى وضعه القانون أو بغير القدر الذى وضعه القانون تدخل القانون لتكون الوصية بالوضع الذى اختاره ، وبالقدر الذى حده ، فإذا أعطى للأثني مثل الذكر ، كمل للذكر نصيبه الذى يخصه فى نصيب أصله ، وإن أوصى لبعض أولاد الفرع دون الآخر ، جعل القانون المتروك مثل المذكور فى الوصية ملاحظاً قسمة الميراث للذكر مثل حظ الأنثيين ، وإن أعطى أحدهما أكثر مما يستحق والآخر أقل مما يستحق ، كان الزائد فى الاول وصية اختيارية ، وكل الثانى حتى يصل إلى المقدار الواجب ، وقد يكون تكميلة من الزائد فى نصيب الاول إن ضاق الثلث عنهما ، ولم تكن وصية اختيارية لغيره ، وإن كانت هناك وصية اختيارية لغيره أخذ منها ومنه ، ويقسم الباقي من الثلث بحصة الزيادة ، والوصية الاختيارية

ونريد أن نسوق هنا طريقة حل المسائل التى تشتمل على الوصية الواجبة ، وكيف يستخرج مقدارها ، ويعرف على وجه لاشك فيه .

وإنه لى فصل إلى مقدار الوصية الواجبة فى تركه يجب أن نخطو الخطوات الثلاث الآتية :

أولاهـا — يفرض الولد الذى مات حياً ، ويقدر نصيبه ، كما لو كان موجوداً ، فإذا كان الميت قد ترك بنت ابن قد توفى فى حياة أبيه ، وبنتين ، وابناً وأباً وأماً ، فإنه فى هذه الحال يفرض الابن الذى توفى فى حياة أبيه حياً ،

ويقدر نصيبه على فرض هذه الحياة ، وتخرج الأنصبة على ذلك الأساس ، فيكون للأم السدس ، وللأب مثله ، والباقي للأولاد للذكر مثل حظ الأنثيين ، ويكون الباقي وهو الثلثان ، بين الابن الحى ، والابن المتوفى الذى فرض حياً ، والأنثيين للذكر مثل حظ الأنثيين ، فيكون للابن الذى فرض حياً ثلث الثلثين وينظر ، فان كان فى حدود الثلث أخذ ، وإلا أخذ الثلث ، وهو هنا دون الثلث .

ثانيتهما — يخرج من التركة ثلث ثلثيها ، فإذا كانت (٣٦٠ سهماً فى إحدى الشركات) فانا نستخرج ثلث ثلثيها هكذا : $\frac{1}{3} \times \frac{2}{3} \times 360 = 80$ فلهذا هو مقدار الوصية الواجبة ، يخرج من التركة ، ويعطى لمستحقها ، وهو هنا بنت الابن المتوفى .

ثالثها — يقسم باقى التركة ، بين الورثة الحقيقيين على حسب فرائضهم الشرعية ، فيعطى الأب سدسه ، والأم مثله ، والباقى للذكر مثل حظ الأنثيين .

وقد جعلنا فى هذا الوصية الواجبة مأخوذة من كل التركة مؤثرة بالنقص فى أنصبة كل الورثة ، لا من حصص الأولاد وحدهم لأنها وصية ، والوصايا تقدم على توزيع الميراث ، وتؤخذ من كل التركة ، وتنقص فرائض كل وارث لا بعضهم ، وقدمنا التقسيم الأول فى الخطوة الأولى لاستخراج حصة المتوفى لو فرض حياً ، وبعد هذا الاستخراج ، تصير التركة التى توزع على الورثة ، هى ما بعد تنفيذ الوصية الواجبة ، كشأن كل الوصايا .

ولنضرب أمثلة موضحه :

(١) توفيت امرأة عن زوج ، وبنت بنت توفيت أمها فى حياة المتوفاة ، وأخوين لأم والتركه ٣٠٠ ففتحل هكذا ...

زوج	البنت المتوفاة	الأخوان لأم
$\frac{1}{3}$	الباقى قرصاً ورداً	م

وعلى هذا يكون نصيب البنت أكثر من الثلث فتأخذ البنت المفروضة حياتها الثلث ، وهو $\frac{1}{3} \times 300 = 100$ يعطى بنتها وهذه هى الخطوة الثانية ويقسم

بأى التركة وهو ٢٠٠ ف بين الزوج والأخوين لأم ، فيكون له النصف فرضاً ، ولهما النصف فرضاً ورداً ، وهو الخطوة الثالثة .

(ب) توفيت امرأة عن زوج ، وبنت ابن ، وبنت بنت ماتت فى حياة المورثة والتركة ٤٥٠ ف .

فالخطوة الأولى هكذا $\frac{1}{4}$ $\frac{1}{4}$ $\frac{1}{4}$ والباقى بعد الفروض يرد على الورثة غير الزوج :

وبما أن النصيب أكثر من الثلث تكون الوصية هى الثلث فقط ، فتكون $\frac{1}{4} \times 450 = 112.5$ ف ، والباقى وهو ٣٠٠ يقسم بين الورثة على الفريضة الشرعية ، فيكون للزوج الربع ٧٥ ف فرضاً ، والباقى لبنت الابن فرضاً ورداً .

(ج) توفى شخص عن بنتين ، وبنت ابن توفى فى حياة أبيه ، وأخت شقيقة ، والتركة ١٨٠ ف .

الخطوة الأولى يفرض الابن حياً ، فيكون له بين الورثة نصف التركة ، ونصف التركة أكثر من الثلث ، فيكون الثلث $\frac{1}{3} \times 180 = 60$ ف هو مقدار الوصية الواجبة ، ويكون الباقى وهو ١٢٠ تركة بين الورثة ، يكون للبنتين الثلثان ، وللأخت الباقى .

(د) توفى شخص عن زوجة وابن ، وبنتين ، وبنت ابن توفى أبوها وجدها فى حياة المورث ، وابن بنت ابن كذلك ، تكون الوصية الواجبة لبنت ابن الابن ، لأن الأخيرة من أولاد البطون ، ولا يستحق من أولاد البطون إلا الطبقة الأولى ، وهم أولاد البنات .

وللحل نسير الخطوات السابقة ، والأولى هى يجعل الثمن للزوجة ، والتقسيم على فرض الابن المتوفى حياً ، فيكون الباقى بعد الثمن بين ابنتين ، وبنتين ، فيكون للمتوفى $\frac{1}{4}$ سبعة الأثمان أى $\frac{1}{4} \times 28 = 7$ ، فإذا كانت التركة ٩٦ ف فالوصية الواجبة $\frac{1}{4} \times 96 = 24$ ، والباقى يقسم بين الورثة الشرعيين الموجودين .

(هـ) توفي شخص عن بنتين ، وبنت ابن توفي في حياة أبيه ، وبنت ابن ذلك المتوفى في حياة أبيه ، والترك ٣٦٠ ف في هذه الحال نفرض الإبن المتوفى حيا ، فيأخذ نصف الترك ، وهو أكثر من الثالث ، فيكون الثلث هو مقدار الوصية الواجبة ، وهو ١٢٠ ف ، وتقسيم بين بنت ابن الإبن ، وبنت الإبن بأن تأخذ بنت الإبن نصيب أبيها ، وهو ثلثا الوصية ، وبنت الإبن ثلثها وهو ٤٠ ف ويكون لبنت ابن الإبن ٨٠ ف ، لأنها نصيب أبيها الذي توفي في حياة المورث وباقي الترك يقسم بين الورثة الشرعيين والله أعلم بالصواب .

١٦٩ — والوصية الواجبة مقدمة على كل الوصايا ، فإذا ضاق الثلث عنها جميعاً نفذت الوصية الواجبة بالقدر الواجب أولاً ، والباقي من الثلث يتزاحم فيه أصحاب الوصايا الاختيارية كل بما يقابل نصيبه^(١) ؛ فيقسم بينهم بنسبة الأنصبة ، بعد أن تنفذ الوصية الواجبة على الوجه الذي سنه القانون .

وإذا ترك الموصي الوصية الواجبة ، وأوصى لغيرهم نفذت الوصية الواجبة أيضاً أولاً ، لأنها لا تحتاج في تنفيذها إلى عبارته ، وبعد تنفيذها إن بقي من الثلث شيء قسم بين أصحاب الوصايا الاختيارية بنسبة حصصهم ، كما سنبين ذلك عند الكلام في تزاحم الوصايا .

وقد سقنا في هذا أمثلة توضح ما اشتملت عليه المواد الخاصة بالوصية الواجبة من قانون الوصية ، وطريق حلها الذي اخترناه .

ويلاحظ أن هذا القانون ، كشأن كل قانون عام في نصوصه لم يبين طريقة استخراج مقادير الوصية الواجبة بالطريق الحسابية ، بل بين القاعدة ؛ والأصول التي تبنى عليها المسائل ، وترك للمطبقين له طريق الاستخراج بالطرق الحسابية ؛ إذ ليست هذه الطريقة حكماً يجب بيانه ؛ ولكنها حساب يلاحظ في استخراج الأرقام أن تكون مطابقة تمام المطابقة لألفاظ القانون وقواعده ومقاصده .

(١) هذا ما ينهه المادة ٧٩ ونصها : « في جميع الأحوال المبينة في المادتين السابقتين يقسم ما يبقى من الوصية الاختيارية بين مستحقيها بالخاصة مع مراعاة أحكام الوصية الاختيارية » .

والقانون قيد من يستخرج حساب الوصية الواجبة بثلاثة قيود :

أولها — ألا تزيد على الثلث ؛ لأن المقدار الذى خصصه الله سبحانه وتعالى للوصايا عامة هو الثلث ، فلا تتجاوزه الوصية الواجبة .

وثانيها — أن تنفذ على أساس أنها وصية لا ميراث ، والوصايا تنفذ من كل التركة ؛ ومن رأسها ؛ بحيث تنال نصيب كل وارث من الورثة بالنقص ، فلا يختص بالنقص فريق دون فريق ؛ وعلى ذلك لا تنقص الوصية الواجبة من نصيب الأولاد دون غيرهم ، بل تنقص جميع الورثة ؛ لأنها وصية ؛ وإن كانت واجبة بحكم القانون .

ثالثها — أن تكون بمقدار نصيب الولد المتوفى فى حياة أحد أبويه ، فلا تتجاوزه ؛ لأن الغرض العام من القانون أن يأخذ الفرع نصيب أصله الذى توفى فى حياة أحد أبويه لا أن يأخذ أكثر منه ؛ لأن القانون نص على أنه يأخذ مثل ما كان يأخذ أصله لو كان حيا ؛ فهو يفرض الأصل حيا ، ويعطيه ما كان يأخذه على ذلك الفرض ، وليس من المعقول أن نعطي الفرع أكثر مما كان يأخذ أصله ، وهو ما أخذ إلا عن طريقه وباسمه .

١٧٠ — هذه هى القيود الثلاثة التى ألزم القانون شارحه ومطبقه بالتقيد بها عند استخراج ما يستحقه صاحب الوصية الواجبة بالسهم والحساب ، ويقيد الحل المنطوق أيضاً بالألا يؤثر فرض وجود المتوفى فى الورثة الموجودين فعلاً بحجبهم . ولقد فرضنا حلولاً ثلاثة ، واختبرنا كل حل منها وجعلنا المقياس هو هذه القيود فما انطبق عليها تمام الانطباق قبلناه ، وما خالف بعضها تركناه عن يمينه^(١) .

الحل الأول — أن يفرض الفرع المتوفى حيا ؛ وتقسم التركة على فرض وجوده ويعطى أولاده نصيبه على ذلك ؛ ولنضرب لذلك مثلاً .

(١) ذكرنا هذا فى بحث نشر بمجلة القانون والاقتصاد بعنوان (الجديد فى قانون الوصية) نشر بعدد سبتمبر سنة ١٩٤٧ المجلد السابع عشر . وكان ذلك قبل أن يعرض الأمر على القضاء ويصدر فيه حكماً ، وقبل أن تصدر فيه فتوى دار الإفتاء .

توفى رجل عن زوجته ، وأمه ، وأبيه ، وبنت ، وابن ، وبنت ابن توفى أبوها
فى حياة المورث ، وترك ذلك المورث تركة قدرها ٣٦٠ ف .

فإننا إن فرضنا الابن المتوفى حياً ، وقسمنا يكون بعد استخراج السهام
مايخص الزوجة هو ٤٥ ف ، ومايخص الأم ٦٠ ف ، والأب كذلك ٦٠ فدان
ويكون الباقي للأولاد للذكر مثل حظ الأنثيين ؛ وفيهم المتوفى الذى فرض
حياً ؛ ويكون مايخصه ٧٨ ف ، تعطاهما ابنته ؛ وهذا الحل ؛ وإن كان فيه القيد
الأول ، والثالث قد توافرا لم يأخذ فرع الابن المتوفى مأخذ على أنه وصية ؛
لأن الوصية تقتضى أن تنقص أنصبة الورثة أجمعين ، وهنا نجد أصحاب
الفروض لم تنقص أنصبتهم بما أخذه الابن ، فلم ينقص إلا نصيب الأولاد .

وفوق ذلك فإن هذا الحل مفروض على أساس أن الابن يعطى ميراثه على
أنه موجود ، والورثة يأخذون أيضاً على أساس أنه موجود ، فيكون إشكال
إذا كان وجوده يحجب بعض الورثة المستحقين فعلاً ، كأن يكون فى المسألة
زوجة ، وأربع بنات ، وأخت شقيقة ، وبنت ابن توفى فى حياة أبيه ، وأخت
شقيقة فأننا لو سائرنا ذلك الحل ؛ لكان مقتضاه أن تأخذ البنات بالتعصيب
مع الابن ، وأن تحجب الأخت الشقيقة ، ويذنب الأمر بأن نحجب وارثاً
أعطاه الشارع الإسلامى لأجل فرض الابن حياً ؛ وأن يتحول نصيب البنات
من الفرض إلى التعصيب لأجل ميت أيضاً فرض حياً ؛ والقانون ما تعرض
بالنفي للأنصبة الشرعية الثابتة بمحكم القرآن وصحيح السنة ؛ ولكن كل ما صنعه
أن زاد وصية واجبة .

ولذلك كان هذا الحل غير مقبول ، وإن كان بعض المحاكم الشرعية قد سار
عليه ، ولكن الاستئناف أغنى تلك الأحكام ولم يعد لذلك رأى مناصر .

١٧١ — الحل الثانى — أن يفرض أن الوصية الواجبة هى وصية بمثل
نصيب أحد الورثة ، فكأن واضع القانون فرض أنه إذا كان الموجود فرع ابن
توفى فى حياة أحد أبويه تكون وصية واجبة بمثل نصيب الابن ، وأنه إذا كان

الموجود فرع بنت توفيت في حياة المورث ، فإن المقتن يكون قد أوجب وصية بمثل نصيب بنت .

ولنطبق ذلك على هذا المثل ، وهو أن تتوفى امرأة عن زوجها ، وبنت ، وابن ، وبنت ابن توفى أبوها في حياتها ؛ وترك تركة قدرها ٣٦٠ ف ؛ فانه تحل المسألة هكذا :

لا يفرض المتوفى حياً ؛ بل تحل المسألة بين الأحياء ؛ فيكون للزوج الربع والباقي للبنت والابن للذكر مثل حظ الأنثيين ويكون أصل المسألة — ٤ — للزوج — ١ — وللبنات — ١ — وللبن — ٢ — ثم يضاف مثل سهام الابن ، وتقسّم التركة على ٦ فيخص الزوجة ٦٠ ف ، والبنت ٦٠ ف ، والابن ١٢٠ ف ، وبنت الابن المتوفى ١٢٠ ف .

وهذا الحل توافر فيه القيدان الأول والثاني ، ولم يتوافر فيه القيد الثالث ؛ لأن الابن لو فرض حياً تكون المسألة هكذا — الزوج والبنت والابن — ويكون للزوج الربع ؛ والباقي للأولاد للذكر مثل حظ الأنثيين ، فيكون أصل المسألة ٤ يصحح إلى ٢٠ لعدم قبول الثلاثة القسمة على — ٥ — وتقسّم التركة على ٢٠ فيخص السهم ١٨ ، ويكون للزوج ٩٠ ف ، وللبنات ٥٤ ف ، وللبن ١٠٨ ف . وترى من هذا أن الابن لو كان حياً يأخذ ١٠٨ ف ، بينما تأخذ بنته على اعتبار أن الوصية الواجبة وصية بمثل نصيب أحد الورثة (١٢٠) وهذا غريب في ذاته ومجاف للقواعد المتبعة في تفسير القوانين ؛ إذ أن البنت تأخذ باسم أبيها ، فتأخذ ما كان يستحقه لو كان حياً ، فكيف تأخذ أكثر منه .

وإن هذه الزيادة تطرد في كل المسائل التي يكون استحقاق الفرع المتوفى في حياة أحد أبويه لا يتجاوز الثلث إن كان حياً .

وإنما طردت تلك الزيادة ؛ لأن نصيب الأولاد على الحل الذي يعتبرها وصية بمثل نصيب أحد الورثة يقسم على عدد الأولاد الموجودين فعلاً ، فتكون للواحد حصة من السهام كبيرة ، ويكون ما يقابلها من التركة كبيراً ؛ ولو أضفنا مقدار

ما خص أحدهم إلى سهام التركة ، بينما إذا فرض الولد موجوداً ستكون القسمة على الأولاد الموجودين ، ومن فرض موجوداً ؛ ألا ترى أننا عندما حللنا المسألة السابقة على اعتبارها وصية بمثل نصيب أحد الورثة قسمنا نصيب الأولاد على بنت وابن ، بينما إذا كان الإبن المتوفى قد فرض موجوداً تكون القسمة على بنت وابنين .

من أجل هذا قلنا إن ذلك الحل غير مستقيم أيضاً ؛ ولكن مع ذلك أخذ به فضيلة الأستاذ الجليل مفتي الديار المصرية في فتاويه ، واعتبر ما عده باطلاً ، وسدّين وجهه نظره وناقشها إن شاء الله تعالى .

١٧٢ — الحل الثالث — وهو الحل الذى ارتضيناه من بين هذه الحلول التى فرضناها ، والقانون بعد بكرم توضيح مسائله ، وذلك الحل الذى يتلخص فى أن نخطو لاستخلاص الوصية الواجبة وبيان ما يستحقه كل وارث ثلاث خطوات كما قدمنا ، ولنكررها هنا فى مثال جديد للموازنة :

أولاًها — أن نفرض الولد الذى توفى فى حياة أبيه حياً ، ويقدر نصيبه لو كان موجوداً ، فإذا كان الميت قد ترك بنتين وأبناً ، وأباً ، وأماً ، وبنت ابن توفى أبوها فى حياته ، وترك تركته هى ٢٧٠ ف — يفرض الولد الذى توفى فى حياة أبيه حياً ؛ ويبين مقدار نصيبه بالسهم ، فيكون أصل المسألة — ٦ — وصححت إلى — ١٨ — يخص الأم السدس وهو ٣ ، والآب كذلك — ٣ — وكل بنت ٢ ، وكل ابن — ٤ — وعلى ذلك يكون ما يخص الإبن الذى فرض حياً من التركة ٤ ÷ من ١٨

الخطوة الثانية — أن يخرج من التركة ذلك المقدار ومقدار التركة ٢٧٠ فيضرب $\frac{4}{18} \times 270 = 60$ ف فيكون هذا مقدار الوصية الواجبة ، ويستزل من التركة فيكون الباقي $270 - 60 = 210$

وذلك يكون إذا كان مقدار نصيبه الثلث ، فأقل ، فإن كان أكثر لم يستزل إلا الثلث .

الخطوة الثالثة — أن يقسم ذلك الباقي على الورثة الموجودين بتوزيع جديد من غير نظر إلى الولد الذى فرض حياً ، فيكون الآب له السدس ، والأم مثله ،

وللبنت والابن الباقي ، للذكر مثل حظ الانثيين ؛ فيكون أصل المسألة — ٦ — للأم
١ — وللأب — ١ — وللإبن — ٢ — ولكل واحدة من البنتين — ١ — فتأخذ
الأم ٣٥ ف ، والأب مثلها ، والبنت — ٣٥ — والإبن ٧٠ ف

وهذا الحل ارتضيناه ؛ لأنه لا يخرج عن القيود الثلاثة التي قيد القانون بها
الوصية الواجبة ، فهو لا يحيز الزيادة على الثلث ، وهو ينفذ على أنه وصية ؛ لأنه
ينقص مقادير جميع الورثة ، لا مقادير الأولاد فقط ، كشأن كل الوصايا تنفذ
من أصل التركة كلها ؛ وهو يعطى فرع الولد المتوفى ما يستحقه لو فرض حياً بلا
زيادة قط ولا نقصان إذا لم يزد عن الثلث .

وقد يقول قائل إن فرع الولد المتوفى سيأخذ أقل من الابن الموجود فعلاً ؛
ونحن نقول إن القانون لم يشترط التماثل بين فرع الولد المتوفى ، ومن يستحق
من الأولاد الموجودين فعلاً ، إنما اشترط القانون بصريح اللفظ المماثلة بين ما كان
يستحقه الولد المتوفى ، وما يعطى بالوصية الواجبة ، وهذه المماثلة ثابتة قائمة ؛ وهي
التي من أجلها نرتضى هذا الحل ، ونرفض الحل الذي اختاره فضيلة المفتي ، وهو
أحد الفروض التي ذكرناها^(١) ، وبيننا عدم استقامته ؛ لأنه وإن كان يجعل التماثل
بين فرع الابن المتوفى وبين أعمامه قائماً ثابتاً ، ويترك التماثل بين ما يأخذه الفرع ،
وما كان يأخذه أصله ؛ فيوجد تماثلاً غير مطلوب في القانون ؛ ويترك التماثل
المطلوب في القانون .

كان إذاً بيننا وبين فضيلة مفتي مصر اختلاف بسبب أنه اختار من الفروض
التي ذكرناها ما رأيناه غير مستقيم ، لأنه يعطى فرع الولد المتوفى أكثر مما يأخذه
الولد نفسه لو كان حياً ؛ ويرفض ما رأيناه مستقيماً ، مع أنه يكون فيه التماثل بين
ما يأخذه الفرع ، وما كان يأخذه أصله لو كان حياً ، وينفذ على أنه وصية ؛ ولا يرى
أن في أخذ الفرع أكثر من نصيب أصله لو كان حياً أى مخالفة للفقهاء والقانون .

(١) راجع بحثنا في مجلة القانون والاقتصاد في عدده سبتمبر سنة ١٩٤٧ المجلد السابع

عصر ، العدد الثالث .

ومن حق العلم والإنصاف أن نسوق ما اعتبره فضيلته دليلاً يسوغ له ذلك ؛ وهو ما فهمناه من مناقشته ، ومناقشة مساعديه ، فقد فهمنا أنه يستدل بأمرين :

(أحدهما) أن صدر المادة — ٧٦ — يقول : « إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذى مات فى حياته أو مات معه ولو حكماً — بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثاً فى تركته لو كان حياً عند موته وجبت للفرع . . . » .

فهذا النص يستفاد منه أن ما يستحقه الفرع وصية يكون وصية بمثل نصيب أحد الورثة ؛ وإذا كانت الوصية بمثل نصيب أحد الورثة ، فإن حياها يكون بتقسيم التركة بالسهم على الورثة الموجودين ، ويضاف إلى مجموعها مثل سهم الوارث الموصى بمثل نصيبه ، وهو الولد ، ثم تقسم التركة على سهم الورثة ، وسهم الموصى له ، فكذلك يكون المسلك هنا .

وإذا قيل لهم إن المنصوص عليه وصية بنصيب الولد المتوفى لو كان حياً ؛ قالوا إن الفتاوى الهندية ، تقول إنه الموصى لو قال أوصيت بمثل نصيب ابنى لو كان حياً أو بنصيب ابنى لو كان موجوداً ، فإنها تكون وصية بمثل نصيب أحد الورثة ، وتحل المسألة بفرض سهم الابن ، وتضاف إلى أصل المسألة .

وفوق ذلك فإن الموصى لو قال أوصيت لولد ابنى فلان المتوفى بمثل نصيبه لو كان موجوداً لا تعتبر ذلك وصية بمثل نصيب أحد الورثة ، وحلت بالشكل الذى بينه صاحب الفتاوى الهندية ، فكذلك ما يقوم القانون بتنفيذه ؛ لأنه قائم مقامه فى إنشاء وصية على هذه الصيغة ، فيحل على أساس أن الوصية بمثل نصيب أحد الورثة ، ويسلك طريق استخراجها .

(ثانيهما) أن القانون لم يبين طريق استخراج الوصية الواجبة مع الميراث ؛ وكل ما لم يبينه القانون يكون المرجع فيه المذهب الحنفى ؛ لأنه الأصل الذى يرجع إليه فى غير المنصوص عليه من الأحكام فأليه المرجع حيث لا نص ، ونحن إذا رجعنا إلى المذهب الحنفى فى حل وصية جادت على هذه الصيغة لا نجد حلاً لها فى ذلك المذهب إلا أن تعتبر وصية بمثل نصيب أحد الورثة .

هذا ما ساقه فضيلة المفتي ومساعدوه ، ليستدلوا به على ما اختاروا من حل ؛ ولم نقرأه محرراً بقلمه أو أقلامهم ، ونرجو ألا نكون قد تزيدنا عليهم أو نقصنا بعض ما قالوا .

ونحن نقول في رد ما ساقوا ، إنه كان يكفي أن يتبينوا أن ذلك الحل يؤدي إلى أن يأخذ فرع الولد المتوفى أكثر مما كان يأخذه الولد نفسه ، وأن واضعي ذلك القانون الذي لم يكن له أصل قط في المذاهب الأربعة لم يقصدوا إلا أن يعطوا فرع الولد نصيب الولد في دائرة الثلث ، كان يكفي ذلك ليعملوا تفكيرهم العميق في استخراج حل أقرب إلى العدل ؛ ولذلك لما علمت في أكتوبر سنة ١٩٤٧ أن فضيلة الأستاذ الجليل المفتي قد كتب فتوى على تلك الشاكلة ذهبت إليه وأطلعته على البحث الذي نشرته في مجلة القانون والاقتصاد ، إذ بينت فيه الحلول الثلاثة والمستقيم منها ؛ ونهته في أدب إلى ما يؤدي إليه الحل الذي اختاره ، ولكن ذهبت إليه بعد أن أفتى ...

ولذلك لم يكن لما قدمت جدوى ، وتجادلت بعد أن علمت الإصرار ، وأنا أعلم أن الجدل مع من يستمسك برأيه يزيده قوة استمساك ؛ وشدة فيه ، ولكني فعلت لتبرأ ذمتي ، وعساي أصل إلى ما يغير فكرتي ؛ فلم أجد ما يغيرها ووجدت ما بينت خلاصته .

١٧٣ — والآن نبين وجه الخطأ في رأى فضيلة الأستاذ الجليل ، ولا عيب على عالم عظيم مثله في أن يخطئ ، إنما العيب في أن يدعى أحد له أنه لا يخطئ ..

إن هذا الجزء من قانون الوصية قد وضعه المقنن المصري غير معتمد على أصل أو رأى في مذهب من المذاهب الأربعة ، بل على أى مذهب من المذاهب الإسلامية إلا شيئاً تعلق به من رأى لابن حزم في جواز أن ينفذ القاضى بعض الوصايا من تلقاء نفسه ؛ وينفذ ما يبينه له ولى الأمر .

فجاء المقنن واستأنس بذلك في تنظيم الوصية الواجبة ؛ وعلى ذلك يصح لنا أن نقول في حق — إن ذلك التنظيم قانون وضعى ، يجرى في تفسيره ما يجرى في

تفسير القوانين الوضعية مقيد بأصول التفسير في القانون ، وقواعد الدلالات اللغوية التي بينها اللغويون ؛ ونظمها الأصوليون بباب الدلالات في علم الأصول . وإن ذلك ينتهي بنا إلى أن تنقيد في التفسير بأمرين :

أحدهما — ما تدل عليه الألفاظ لغة ، وما يرسمه اللغويون من دلالات للألفاظ ، ونستعين بما نظمه الأصوليون من قواعد للدلالات .

ثانيهما — الاستعانة بمقصد المقتن إن تبينت أماراته ، وقامت شواهد ؛ على ألا تحمل الألفاظ ما لا تحتل ، بل يرجح المقصد أحد احتمالاتها ، ويعين المراد إن لم يكن اللفظ محكاً فيه .

١٧٤م — وإنما إذ نقيد أنفسنا في التفسير ذلك التقييد نجد الطريق مبعداً ، بل إن الألفاظ فيه لا تحتاج إلى تفسير ، فالمقتن صرح تصريحاً قاطعاً ، لا مجال للريب فيه بقدر الوصية الواجبة ، فقالت المادة — ٧٦ — في عجزها . « وجبت للفرع في التركة وصية بقدر هذا النصيب (أى نصيب الولد المتوفى ميراثاً) في حدوث الثلث .

فالوصية الواجبة تكون بقدر نصيب الولد المتوفى ميراثاً لو كان حياً ، فكل حل يعطيه أكثر من ذلك القدر يكون قد أعطاه أكثر من الوصية الواجبة التي نص القانون عليها .

والجزء الذي ساقه فضيلة المفتي لا يخالف ذلك النص ، ويتبين ذلك بأدنى تأمل ، فصدر المادة الذي أخذ منه مأخذه — نصه : « إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذي مات في حياته أو مات معه ولو حكماً بمثل ما كان يستحقه ميراثاً في تركته لو كان حياً عند موته ، التعبير بكلمة مثل يراد بها أصل معناها اللغوي ، وهو المماثلة والمساواة في التقدير فهي تعين أن القدر لا يصح أن يزيد عما كان يستحقه ابنه لو كان حياً ، ثم هناك كلمة أخرى تؤكد المراد من أن الوصية الواجبة لا يصح أن تزيد عن مقدار ما كان يستحقه الولد المتوفى في حياة أبويه ، وهي . « ما كان يستحقه ميراثاً ، لو كان حياً عند موته ، فهذه العبارة تفيد أن ما كان

يأخذه الولد ميراثاً يؤول إلى فرعه ، فلا يصح أن يكون ما يأخذه الفرع أكثر مما كان ياصد الولد الذى أخذ هو عنه .

وعلى ذلك ننتهى بأن المادة تصرح بأن النصيب الذى يستحقه الفرع بقدر ما يستحقه أصله لا يزيد عليه بأى مقدار ، مهما يكن قليلاً ، واستفيد ذلك من عبارة المادة فى ثلاثة مواضع .

أولها — التعبير بكلمة « مثل ما كان يستحقه » ، وكلمة مثل يراد منها المماثلة والمساواة ، ولا مساواة إذا كان أحد الشئيين أكثر من الآخر .

وثانيها — كلمة « يستحقه ميراثاً لو كان حياً » ، فهذه تقتضى أن يعرف مقدار إرثه ، ثم يعطى ذلك المقدار ، لا يزيد عنه ؛ فإذا كان هناك حل يعطيه أكثر مما يأخذه أصله ميراثاً يكون باطلاً ، ومخالفاً لنص القانون .

وثالثها — وهو الأخير عبارة « وجبت للفرع فى التركة وصية بقدر هذا هذا النصيب .

وإذا كان النص كذلك فالتفسير اللفظى الحرفى للবাদة صريح كل الصراحة فى أن الوصية الواجبة لا تكون بأكثر مما يستحقه الولد الذى توفى فى حياة أبويه ميراثاً ، فكل حل يودى إلى إعطائه أكثر يكون مخالفاً لنص القانون ، وكل مخالفة لهذا النص تكون باطلة ، والحل الذى يودى إليها يكون غير مستقيم .

١٧٥ م — وإن المقصد الذى رعى إليه الماتن من سن الوصية الواجبة أن يأخذ هذا الفرع نصيب والده ، لكيلا يحرم فروع من يموت فى حياة أحد أبويه ، وهم ذرية ضعاف ، ولم يقصد المقنن قط أن يعطيهم أكثر من نصيب أبيهم ، وإلا كان ذلك شططاً ، وخررجاً عن الجادة ، إذ كيف يعطى الفرع باسم أبيه أو أمه أكثر مما كان يأخذه أبوه أو أمه ، هذا غريب فى بدائه العقول وكان ذلك وحده كافياً لأن يعتبر الحل الذى يودى إليه غير مستقيم كما ذكرنا .

وفوق ذلك أن الذى يستحقه الفرع لا يستحقه بذاته ، بل يستحقه بالتلقى عن أصله الذى مات فى حياة أحد أبويه ، ولقد كان ذلك مفهوماً لدى أعضاء

مجلسى الشورى ؛ وهو الذى سوغ لهم الموافقة .

وقد قال أحد الشيوخ مدافعاً عن الوصية الواجبة من فوق منبر مجلس الشيوخ ،
وفى حضرة صاحب الفضيلة مندوب وزارة العدل . قال ذلك الشيخ مانصه :

« رجل يملك ، وله أولاد وبنات ، فإذا مات ولد من أولاده ، أو ابن ابن من
طبقة أو طبقتين أو من ثلاث ، فهؤلاء كأنهم يرثون بالتعصيب ، وابن الابن ،
وإن نزل يعتبر كأنه يمثل الابن الأول الذى مات ، ويرث من المورث فيما يخرج
من الثلث ؛ لأنها وصية . فيأخذ نصيبه ملكاً . وهذا المالك له من أولاده بنت ،
فالبنت إذا ماتت قبل ابنها يحتم القانون أن أبناء البنت ذكوراً أو أناثاً يمثلون
أهمهم ، ويرثون فى المورث ، ومتى ورثوا ، ورثوا ملكاً وانتفاعاً ، وينتقل إلى
ورثتهم من بعدهم . »

قال هذا العضو ، وهو من أعضاء لجنة العدل ذلك فى المجلس مسوغاً للقانون
مدافعاً عنه ؛ ولم يخالفه أحد ؛ وخصوصاً فضيلة ممثل وزارة العدل ، وأبى الأخرى
مثل لجنة الأحوال الشخصية التى وضعت القانون ، ولم يعترض فى اعتبار الوصية
الواجبة إحلالاً لفرع الولد المتوفى محل أبيه فيما كان يستحقه ميراث ، بيد أن
استحقاق الفرع لا يستحقه ميراثاً ، لمخالفة ذلك لنصوص القرآن ، والسنة
المتضافرة بل يستحقه على أنه وصية تنفذ من التركة كلها ، وفى دائرة الثلث .

وإذا كان كذلك فالفكرة التى يتجه إليها المقنن ، وتعتبر مقصده الثابت أن
الفروع يأخذون نصيب أصلهم الذى مات فى حياة أحد أبويه .

وبالبناء على ذلك يتقرر أن الفروع يستحقون بالتلق عن أصلهم المتوفى فى
حياة أحد والديه ، وكيف يعطون نصيباً أكثر من يتلقون الاستحقاق عنه !!
إن هذا فى القياس عجيب .

١٧٦ — وفوق ذلك إن القانون يوجب بنصه أن يفرض الولد الذى
توفى فى حياة أحد أبويه حياً ، ويبين ما يأخذه ميراثاً ؛ لأن نص المادة يقول :
« إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذى توفى فى حياته أو مات معه ، ولو حكماً

بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثاً في تركته لو كان حياً عند موته وجبت .. ،
فالقانون بصريح لفظه يوجب فرض حياته ، وإعطائه نصيبه ميراثاً ، ثم نقل
نصيبه هذا إلى فرعه ، والحل الذي يجعله وصية بمثل نصيب أحد الورثة لا يفرضه
حياً ، بل يزيد بمقدار سهام أحد الأولاد من غير حاجة إلى الفرض حياً ، ومن
غير حاجة إلى تعرف مقدار ميراثه ، وهذه مخالفة واضحة لصريح القانون .

١٧٧ م — تبين مما تقدم مخالفة الحل الذي يجعل الوصية الواجبة وصية
بمثل نصيب أحد الورثة — للقانون ، وبقي أن نجيب عن أمرين جاءا على لسان
فضيلة الأستاذ المفتي .

أولهما — أنه إذا قال الموصي أوصيت لفرع ولدى فلان الذي توفي في
حياتي بمثل نصيب ابن من أبنائي ، فكيف نحلها ؟ الجواب عن ذلك أننا نعتبرها
وصية بمثل نصيب أحد الورثة ، وتكون في ضمنها الوصية الواجبة ، ومازاد عن
الوصية الواجبة ، وهي نصيب المتوفى يكون وصية اختيارية ، وما من حرج على
الموصي في أن يوصي لفرع ولده المتوفى بما يشاء غير مقيد بمقدار الوصية الواجبة
والزائد يكون وصية اختيارية ، تستحق بهذا الأساس .

أما إذا لم يوص ، وهو مانص عليه القانون ، فنحن مقيدون في تقدير
الوصية الواجبة ، بمقدار ما كان يستحقه الولد المتوفى ميراثاً لا تتجاوزه ، ولكن
قد نقصه إذا كان أكثر من الثلث ، وينفذ على أنه وصية يستخرج مقدارها من
التركة قبل التوزيع .

ثانيهما — أن فضيلة الأستاذ المفتي قال إن القانون لم يبين طريقة استخراج الوصية
الواجبة ، فعلياً أن نرجع في طريق استخراجها إلى مذهب أبي حنيفة !! ونقول
في الجواب عن ذلك : إن طريقة الاستخراج ليست حكماً في موضوع لم يبين
القانون حكمه ، إنما هي توضيح للقانون ، وتطبيق له ، وما يسوغ أن نرجع في
تطبيق أحكام قانون إلى مذهب لم يؤخذ القانون منه ، ولم يكن له أصلاً ؛
وفوق ذلك فإن القانون لا يضع طريقة لحلول مسائله ، إنما يتركها للمطبق ، بحيث

لا يخرج عن نصوصه وأحكامه ، بل يبحث عن أوفق الحلول لمطابقة نصه ومقصده ؛ وهذا قانون الميراث ، فهل فيه طرق حل المسائل ؛ إنما ترك ذلك للمطبق .

ثم إن ادعاء أن القانون لم يشتمل على الإشارة إلى طريقة الحل — غير سليم . لأن القانون يكاد يصرح بأن الولد المتوفى يفرض حياً ، ويستخرج نصيبه ميراثاً . ويعطى فرعه في حدود الثلث ؛ على أنه وصية ؛ ونكرر ذكر ذلك ؛ إذ تقول المادة ٧ — إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذى مات في حياته أو مات معه ولو حكماً بمثل نصيب هذا الولد ميراثاً في تركته لو كان حياً عند موته ، فهو صريح في وجوب فرضه حياً ، واستخراج نصيبه ميراثاً ، وإخراجه من التركة على أنه وصية ثم يقسم الباقي من التركة بعد ذلك بين الورثة الشرعيين .

فكيف يدعى بعد ذلك أن القانون لم يبين طريق الحل .

وأخيراً لو كان القانون لم يبين طريق الحل ، فلا يصح أن نأتى بحل يهدم نصه ومقصده ، فلا يرجع إذن إلى مذهب أبى حنيفة في طريق استخراج الحل ، لأن الحل ليس حكماً ، بل هو تطبيق لما اشتمل عليه القانون من حكم ، وتفسير لمقاصده ، والعماد في ذلك القانون نفسه وقوة استنباط المفسر .

وحل فضيلة الأستاذ الجليل يخالف نص القانون ، ويخالف مقصده ، فلا يمكن أن يعتبر حلاً لمسائله .

١٧٨ — ونريد أن نذكر فضيلة المفتى الجليل بأن هذا القانون زيادة على فرائض الله سبحانه ، وأنه إلزام بما لم تلزم به نصوص الكتاب الكريم ، ولا ما أثار السنة النبوية الشريفة ، ولم يؤثر عن امام الزام بما لم تلزم به نصوص الكتاب الكريم ، ولا ما أثار السنة النبوية الشريفة ؛ ولم يؤثر عن المشهورين من فقهاء الصحابة ، ولم يذكره أحد من جمهور الفقهاء ، فهل يسوغ بعد هذا أن نزيد في العطاء ، ونعطى ابن الابن أكثر مما كان يأخذه أبوه ، وبنت البنت أكثر مما كانت تأخذ أمها !! اللهم إنا قد أدينا أمانة العلم وأطبنا في البيان ، لكي نخرج من الرتبة ، ولا نتحمل التبعة ، والله على ما أقول شهيد .

١٧٩ — هذه خلاصة أحكام الوصية الواجبة وطرق حلها والمستقيم منها ، كما صرح بها القانون ، وهذه الأحكام في غايتها وممرها ، وفي الغرض منها والسبب الباعث عليها ، تنحون نحو الميراث ، فالقانون جعل بهذه الوصية لآولاد من يموت في حياة أبويه ميراثاً مفروضاً ، هو ميراثه الذي كان يستحقه لو بقي بعد وفاة أصله ، على ألا يتجاوز الثلث ، وإذا كان ذلك غاية القانون ، فكل الأحكام تتجه إلى جعل هذه الوصية ميراثاً ، ولذا تجب من غير إيجاب ، وإذا وجبت صارت لازمة ، لا تقبل عدم التنفيذ ، وبذلك تشابهت مع الميراث ، فهل تتشابه معه أيضاً في أنها تدخل في ملك الموصى له من غير حاجة إلى القبول ؟

ظاهر القانون الذي يستفاد من مجموع أحكامه ، ومن بعض عباراته أنها لا تحتاج إلى القبول ، لأنها من جهة ميراث ، زاده القانون ، والميراث لا يحتاج في دخوله في الملك إلى قبول ، ومن جهة أخرى فإن القبول ، كما نصت على ذلك المواد المبينة له ^(١) شرط للزوم الوصية ، وإذا كانت هذه الوصية لازمة بمجرد صدورها ، بل تلزم في التركة ، وإن لم تصدر عبارة منشئة لها ، فهي إذن ليست محتاجة إلى قبول ، بل تلزم بدون وجوده ، وإذا لزم في ذاتها ، وألزم الورثة بها ، فهي لازمة في جانب الموصى له ، لأن استحقاقه لها بحكم القانون ، لا بحكم التصرف .

ومن جهة ثالثة ، فإن هذه الوصية مادامت لازمة في ذاتها ، وأنها كالميراث ، أوهى ميراث قانوني ، وإن لم يكن شرعياً ، فالملكية تثبت كالميراث بمجرد الوفاة وإذا ثبتت بمجرد الوفاة ، لم يكن للقبول من بعد موضع ، ولم يكن للرد محل ، لأن الميراث لا يرد ، ولكن قد يقول قائل إنه لم يزل عنها وصف أنها وصية فلا بد من استيفاء شروط الملكية فيها ، وهو القبول ، وهو قول له وجهته ولا مانع من الأخذ به ، فالأمر فيه احتمالان متساويان ، والاول يؤيده الظاهر ، والثاني يؤيده وصف التصرف والوسط أن يقال أيها تقبل الرد .

(١) راجع في ذلك المادة ٢٠ فانها تقول في صدرها : « تلزم الوصية بقبولها من الموصى له صراحة »

١٨٠ — الأصل الشرعى للوصية الواجبة : قالت المذكرة التفسيرية فى الأصل

الشرعى لهذه الوصية : « القول بوجوب الوصية للأقربين غير الوارثين مروبى عن جمع عظيم من فقهاء التابعين ، ومن بعدهم من أئمة الفقه والحديث ، ومن هؤلاء سعيد بن المسيب ، والحسن البصرى ، وطاؤوس ، والإمام أحمد ، وداود والطبرى ، وإسحاق بن راهويه ، وابن حزم ، والأصل فى هذا قوله تعالى : « كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف ، حقاً على المتقين » ، والقول باعطاء جزء من مال المتوفى للأقربين الوارثين ، على أنه وصية وجبت فى ماله إذا لم يوص له مذهب ابن حزم ، ويؤخذ من أقوال بعض التابعين ، ورواية فى مذهب الإمام أحمد .

هذا ما ذكرته المذكرة فى الأصل الشرعى لما اقترح واضعو هذا القانون ، وقد قسمت فيه القانون بالنسبة للوصية الواجبة قسمين : (أحدهما) الوجوب فى ذاته (وثانيهما) أنه إذا لم ينفذ الموصى ما وجب عليه ، نفذ بغير إرادته بحكم القانون . وجعلت أصل القسم الأول قول بعض التابعين ، والظاهرية ، وأحمد .

وجعلت أصل القسم الثانى قول ابن حزم ، ورواية فى مذهب أحمد . والحق أن الأصل فى الجملة هو قوله تعالى : « كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين حقاً على المتقين » ، فان عبارة الآية الكريمة تفيد وجوب الوصية للوالدين والأقربين ، لأنه عبر عن شرعية الوصية بقوله تعالى « كتب » وهى تدل على الفرض ، وذيلت الآية بقوله تعالى « حقاً على المتقين » وذلك من أبلغ الألفاظ الدالة على الوجوب ، حتى لقد قال الجصاص فى ذلك المقام : « لاشئ فى ألفاظ الوجوب أكد من قول القائل : هذا حق عليك » ، وتخصيصه المتقين بالذكر على وجه التأكيد .

١٨١ — ولقد اختلف العلماء فى استمرار ذلك الوجوب الذى يحتم الوصية

للأقارب ، أهو وجوب محكم لم ينسخ أم نسخ ، قال جمهور العلماء إن ذلك الوجوب نسخ ، واستدل لهذا بأن من أصحاب رسول الله ﷺ من لم ينقل عنهم وصايا ، ولم ينقل نكير لذلك ، ولو كانت الوصية واجبة لم يخلوا بذلك الواجب ،

ولنقل عنهم حكم الوجوب والعمل به نقلاً ظاهراً ، واستدل أيضاً بأن الوصية عطية ، والعطايا ليست بواجبة في الحياة ، فلا تجب بعد الوفاة ، ولأن الوصية للأقارب كالوصية للأجانب ، وما دامت هذه ليست بواجبة فهي مثلها ، ولأن المقرر الثابت أن الوصية للوارث نسخت بآية المواريث عند جمهور الفقهاء ، فنسخت هذه الآية في جملة معناها وأحكامها ، لأنه إذا كان قد نسخ أصل الوصية للوارث الذي تدل عليه الآية ، فقد نسخ كل ما تضمنته .

وقال بعض الصحابة والتابعين إن الوجوب الذي تضمنته الآية مازال قائماً ، وهو وجوب محكم ، بالنسبة للأقارب غير الوارثين ، ومن قال هذا القول ابن عباس في إحدى الروايتين عنه ، والحسن البصري ، ومسلم بن يسار ، والعملاء بن زياد ، ومسروق ، والضحاك ، وطاووس ، ولقد قال مسروق : « إن الله قسم بينكم ، فأحسن القسمة ، وإنه من يرغب برأيه عن رأى الله عز وجل يضل ، أو من لقربتك من لا يرث ، ثم دع المال على ما قسمه الله عليه ، وقال الضحاك : « من مات من غير أن يوصى لأقربائه ، فقد ختم عمله بمعصية ، وقال طاووس : « إن أوصى للأجانب ، وترك الأقارب نزع منهم ورد إلى الأقارب » (١) .

وقد ساق الفخر الرازي في تفسيره حجة هؤلاء فقال :

« عند هؤلاء أن هذه الآية بقيت دالة على وجوب الوصية للقريب ، الذي لا يكون وارثاً ، وحجة هؤلاء من وجهين :

(الحجة الأولى) أن هذه الآية دالة على وجوب الوصية للقريب ، فترك العمل به في حق الوارث القريب ، إما بآية المواريث وإما بقوله عليه الصلاة والسلام : « لا وصية لوارث » أو بالإجماع على أنه لا وصية لوارث ، وها هنا الإجماع غير موجود مع ظهور الخلاف فيه قديماً وحديثاً ، فوجب أن تبقى الآية دالة على وجوب الوصية للقريب الذي لا يكون وارثاً .

(الحجة الثانية) قوله عليه الصلاة والسلام « ما حق امرئ مسلم له مال أن يبييت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده » وأجمعنا على أن الوصية لغير الأقارب

(١) راجع هذه النقول في المحلى لابن حزم .

غير واجبة ، فوجب أن تكون هذه الوصية الواجبة مختصة بالأقارب ، وصارت السنة مؤكدة للقرآن في وجوب الوصية .

١٨٢ — هذه آراء المتقدمين من العلماء في وجوب الوصية للأقارب غير الوارثين ، وقد سبقنا أدلة الذين يرون وجوبها ، وبقي أن نتكلم في ثلاث مسائل : (أولاهها) قوة الوجوب أهو وجوب ديني تتأثم به النفس إن لم يؤده ، وليس لأحد عليه من سبيل في حمله على أدائه ، وليس للقضاء تنفيذه في ماله من غير إرادته . (الثانية) أهذا الوجوب يثبت للأقارب من غير قيد ولا شرط ، غنهم وفقيرهم فيه سواء .

(الثالثة) أيسقط الوجوب إذا أوصى لبعض الأقارب الذين تجب الوصية لهم ، أم لا يسقط الوجوب إلا إذا أوصى لهم جميعاً ، أم هناك ترتيب في درجات الاستحقاق . أما عن المسألة الأولى ، فقد اختلف فيها الذين قالوا إن الوصية واجبة على رأيين : رأى برى أن الوصية للأقربين واجبة ديناً لا قضاء ، فإن تركها وأوصى لأجانب أثم ، ولا سبيل لأحد عليه ، ورأى فريق آخر أن الوصية للأقارب واجبة ديناً وقضاء ، فإن أوصى للأجانب وترك الأقارب أخرج للأقارب ، ونقضت وصية الأجانب .

وقد أجمال الرازي في تفسيره الرأيين ، فقال : « إذا أوصى للأجانب وفي الأقارب من تشد حاجته ، هل يجوز للوصى تغيير الوصية ؟ أما من يقول بوجوب الوصية لمن لا يرث من الوالدين والأقربين ، فقد اختلفوا فيه ، فمنهم من قال كانت الوصية للأقارب واجبة عليه ، فإذا لم يفعل وصرف الوصية إلى الأجانب كان ذلك الاجنبى أحق بها ، ومنهم قال ينتقص من ذلك ، ويرد للأقربين ، . والرأى الأول بلا ريب لا يؤيد القانون ، أما الرأى الثانى فيؤيده ، إذ هو الذى يجعل للقاضى أو الوصى المنفذ للوصايا سلطان التغيير .

والرأى الثانى يتناول بعمومه أمرين يجعل للقضاء وللوصى سلطاناً فيهما : (أحدهما) جواز إنشاء وصية لم ينشئها الميت ، وثانيهما جواز التغيير في وصاياه ، فيجعلها في الأولى بالعطاء من الأقارب .

أما الأمر الأول فقد أثبتته ابن حزم بما روى عن عائشة أن رجلاً قال للنبي ﷺ : « إن أمي افتللت نفسها ، وإنها لو تكلمت لتصدق ، أفأتصدق عنها يا رسول الله ، فقال رسول الله ﷺ : نعم ، فتصدق عنها ، وروى أبو هريرة وغيره مثله ، وهذا يدل على جواز إنشاء وصية في ماله إذا لم ينشئها ، ولذا قال ابن حزم بعد أن ساق ما ساق « قد وجب لهم جزء من ماله ، مفروض إخراج له لمن وجب له إن ظلم هو ولم يأمر بإخراجه » .

وأما الأمر الثاني وهو جواز تغيير الوصية ، فهو مستفاد من قوله تعالى : « فمن خاف من موص جنفاً أو إثمًا ، فأصلح بينهم فلا إثم عليه ، وأى جنف أو إثم أعظم من أن يترك ذوى رحمة محتاجين في عوز ومحنة ، ويوصى للأجانب .

١٨٣ — أما المسألة الثانية ، وهي وصف الأقربين الذين تجب الوصية لهم ، فقد وجدنا بعض الذين يقولون إن الوصية للأقارب واجبة إذا كانوا غير وارثين يشترطون للوجوب الاحتياج ، فابن مسعود نقل عنه أنه جعل الوصية الواجبة للأفقر ، فالذى يليه من الأقارب غير الوارثين ، وعن طاووس أنه قال إن الأقارب إن كانوا محتاجين انتزعت الوصية من الأجانب وردت إليهم .

وبعض الذين قالوا إن الوصية للأقارب غير الوارثين واجبة لم يشترطوا الاحتياج . والحق أننا إن أخذنا بالوجوب يجب أن نعتبر الاحتياج ، لأن الأصل في الوصايا أنها من باب الخير والصدقات ، وقد شرعها الشارع رحمة بعباده ، ليتمكن كل من فاته خير لا يستطيع تداركه — من الوصية به ، فإذا كانت هناك وصية واجبة يجب أن تكون متلائمة مع غرض الشارع من الوصايا غير مائلة عنه ، والوصايا شرعت لأجل الصدقات ، فيجب أن تكون كذلك ، ولا يتم ذلك إلا إذا جعلنا الوصية الواجبة للأقارب في فقرائهم دون أغنيائهم ، ولأن الوصية الواجبة للأقارب تقدم على غيرها ، فيجب أن تكون القرية فيها أوضح .

١٨٤ — أما المسألة الثالثة ، وهي بيان ما يؤدي به الواجب من الوصايا ، أتصرف الوصية الواجبة لكل الأقارب الذين لا يرثون ؟ لقد روى عن ابن مسعود

أنه يرى الوصية للأفقر ، فالأفقر ، فالواجب أن يجعل الوصية لأفقر الورثة .
وروى عن بعض التابعين عدم التعمين ، ولعلمهم تركوا أمر بيان المستحق
للوصية للموصى ، والموصى نفسه ، وتحريمه ما يكون فيه مصلحة للأسرة ، وما يتفق
مع ما يقضى به العرف والأخلاق الفاضلة .

١٨٦ — هذا هو الأصل الفقهي الإسلامي للوصية الواجبة ، وقد بيناه
بوضوح وجلاء ؛ وقد قصر القانون الوصية الواجبة على الأحماد الذين مات
أصلهم في حياة أبيه أو أمه ، في الحدود التي بينها ، وأن تكون الوصية بمثل نصيب
أصلهم هذا ، بشرط ألا يزيد على الثلث ، وقد بينت المذكرة التفسيرية أنها قصرت
هذه الوصية على الأحماد ، وحدت القدر الموصى به اعتماداً على مذهب ابن حزم .
ومذهب ابن حزم في الجزء الواجب إعطاؤه للموصى له أنه يجوز أن يحده
الموصى أو الورثة بمثل نصيب الأب ، كما يجوز تقديره بأقل أو بأكثر ، كذلك
يجوز في مذهبه أن تكون الوصية لبعض الأقربين دون بعض ، وحينئذ يكون
لولى الأمر أن يحدهم الأقربين بأولاد الأولاد على الترتيب المذكور في القانون ،
ويأمر بإعطائهم جزءاً من التركة هو نصيب أصلهم في الميراث ، لبقى حياً .^١

والآية الكريمة ظاهرة في أن الوصية الواجبة للأقربين هي الوصية
بالمعروف ، وكلمة المعروف في القرآن تفسر بما تظمئن إليه النفوس والعقول ،
ولا تنبئ عنه المصلحة ، ويكون العدل الذي لا وكس فيه ولا شطط ، وعلى هذا
الأصل يكون لولى الأمر أن يأمر الناس بالمعروف في الوصية الواجبة للأحماد
بأن تكون بمثل نصيب أصلهم في حدود الثلث ؛ لأن هذا في نظره هو العدل الذي
لا وكس فيه ، ولا شطط ، فإذا نقصوا أحداً ما وجب له ، أو لم يوصوا له بشيء
ردوا بأمر ولى الأمر إلى المعروف (١) .

وتقديم الوصية الواجبة على الوصية الاختيارية يعتمد على رأى التابعين
الذين ذكرناهم ، ونقله ابن مفلح عن أحمد ، والله سبحانه أعلم .

(١) راجع المذكرة التفسيرية .

الوصف الشرعى للوصية

١٨٧ م — تكلمنا فى حكم الوصية التكبلى فى الفقه والقانون ، ونبذا الوصية الواجبة ، والآن نتكلم فى الوصية من حىث الوصف الشرعى ، أى من حىث الصحة واللزوم .

إذا استوفت الوصية شروط صحتها عند إنشائها ، ولم يحدث قبل الوفاة ما يبطلها فهى صحيحة ، وتكون لازمة إذا كانت وصية واجبة ، بل إنه إذا لم ينشأ نفذت من غير عبارة منشئة لها .

وإذا كانت الوصية اختيارية فهى عقد غير لازم^(١) يجوز الرجوع فيه فى أى وقت شاء ؛ وذلك لأن الذى وجد منه فى حال الحياة هو الإيجاب ، والأصل فى التصرفات الشرعية أنها لا تلزم إلا إذا ارتبط بهذا الإيجاب حق لغير المتكلم به ، والوصية لا تنفذ إلا بعد الوفاة فلا يترتب عليها أى حق قبلها ، وإذا لم يكن لأحد حق فى حال الحياة ، فهو حر فى كلامه ، له أن يرجع عنه فى أى وقت يبد له الرجوع ، ولأن الوصية عطية كالهبة ، بل هى أضعف منها ، لأن الهبة إن تمت أوجدت للوهوب له ملكية ، وإذا كانت الهبة بعد تمامها عقداً غير لازم ، فأولى أن تكون الوصية تصرفاً غير لازم .

(١) قد بينت حكم الوصية من حىث اللزوم وما بعد رجوعاً وما لا يعد المادتان ١٨ و ١٩ ، وهذا نصها :

مادة ١٨ — يجوز الرجوع عن الوصية كلها أو بعضها صراحة أو دلالة ، ويعتبر رجوعاً عن الوصية كل فعل أو تصرف يدل بقرينة أو عرف على الرجوع عنها ، ومن الرجوع دلالة كل تصرف يزيل ملك الموصى عن الموصى به .

مادة ١٩ — لا يعتبر رجوعاً عن الوصية جردها ، ولا إزالة بناء العين الموصى بها ، ولا الفعل الذى يزيل اسم الموصى به ، أو يغير معظم صفاته ، ولا الفعل الذى يوجب زيادة لا يمكن تسليمه لإلها إلا ، إذا دلت قرينة أو عرف على أن الموصى يقصد بذلك الرجوع عن الوصية .

١٨٨ م - والرجوع يصح بالقول الصريح ، ويصح بكل فعل يدل عليه ، وتقوم القرينة أو العرف فيه على أنه أراد بالفعل نقض الوصية ، أو يتضمن الفعل من تلقاء نفسه نقضها ، كأن يكون الموصى به حيواناً فيذبحه ، أو ثياباً فيخيطها لنفسه ويلبسها ، ونحو ذلك من الأفعال التي تنقض الوصية ، ويتعذر تنفيذها في الموصى به بعد وقوعها ، أو تدل بالعرف على أن الفعل لا يكون إلا إذا كان قد أراد الرجوع ، والعرف والقرائن هما الحاكمان .

ويصح الرجوع أيضاً بكل تصرف شرعى من شأنه أن يخرج العين عن ملك الموصى ، أو يجعل الجمع بين التصرف والوصية غير ممكن ، فيبيعها وهبتها ، يبطلان الوصية فيها لخروج العين عن الملك ، ولو عادت إليه بعد ذلك ، ولو كانت العودة بفسخ التصرف نفسه ، لأن ذات الإقدام على التصرف قرينة قاطعة على الرجوع ، وبالرجوع تنقض الوصية ، فلو عادت العين إلى ملكه ، ولو بفسخ العقد ، كأن يشترط في البيع خيار الشرط ثم يفسخ ، أو يكون الشرط للمشتري ، ثم يفسخ ، أو يرجع في الهبة ؛ فإن ذلك لا يبطل الرجوع الذى تم بإقدامه على البيع ؛ وعلى ذلك إذا أراد الوصية فلا بد أن ينشئها بعبارة جديدة .

ومن التصرفات التي تدل على الرجوع الوقف ولو كان مؤقتاً ، ولو كان للواقف حق الرجوع فيه ؛ لأن الإقدام عليه قرينة واضحة تدل على إرادة الرجوع في الوصية ، ولو رجع عن الوقف بعد ذلك ، لأن الوصية بطلت بالرجوع .

هذا ويلاحظ أن الرجوع القولى ، لا تسمع به الدعوى بعد الوفاة إلا إذا كان ثابتاً بورقة رسمية ، أو ورقة عرفية قد كتبت كلها بخط المتوفى ، وعليها إمضاءه ، أو بورقة عرفية قد صدق فيها على توقيع المتوفى ، وذلك في الحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ ، أما الحوادث السابقة على ذلك ، فلا تسمع الدعوى إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى ^(١) .

(١) راجع في ذلك المادة الثانية من القانون ، والمادة ٩٨ من لأئحة المحاكم الشرعية .

هذا في الرجوع القولى ، أما الرجوع الفعلى ، فلا يحتاج في إثباته بعد الوفاة إلى ما يحتاج إليه الرجوع القولى ، وذلك لأنه حوادث مادية يمكن أن تجرى عليها وسائل الإثبات العادية واضحة جلية ، ولأنه في كثير من أحواله لا يجعل العين في ملك المتوفى عند الوفاة ، أو لا يمكن تنفيذ الوصية فيها ، فلا يحتاج إلى إثبات .

ونريد هنا أن نبين المراد من معنى كلمة قولى أى مقابلة للرجوع بطريق الدلالة ، ويكون المراد منها الرجوع الصريح ، وعلى ذلك يكون الرجوع الصريح هو الذى يحتاج إثباته إلى مسوغ من المسوغات المذكورة ، فالرجوع بطريق الدلالة ، ولو كان قولاً لا عملاً كالنصرف في البيع لا يحتاج إلى إثبات بالأوراق ، أم المراد من الرجوع القولى كل رجوع يكون بالقول سواء أ كان بالقول الصريح أم بتصرف قولى دل عليه ؟ .

الظاهر هو الأول ؛ لأنه المتبادر ولأن دلالة التصرفات القولية على الرجوع إنما هو بسبب أن فيها إخراج العين عن الملك ، وهذا ليس أمراً قولياً فقط ؛ فأساس الرجوع فيها ليس هو القول حتى يسمى قولياً ؛ بل يعلم الرجوع من قرائن أخرى لا تعد قولية فقط .

هذا وإن تسمية الرجوع الصريح بالرجوع القولى ، وتخصيصه بهذا الاسم ، وتسمية غيره أياً كان طريقه رجوعاً فعلياً جاء في عبارات الفقهاء ، فلم يأت القانون فيه ببدع ، ولذلك جاء في ابن عابدين في بيان أنواع الوصايا بالنسبة للرجوع ما نصه : « واعلم أن الرجوع في الوصية على أنواع : ما يحتمل الفسخ بالقول والفعل كالوصية بعين ، وما لا يحتمله إلا بالقول ، كالوصية بالثلث أو الربع ، فإنه لو باع أو وهب لم تبطل ، وتنفذ وصيته من ثلث الباقي ، .

وترى من هذا أن ابن عابدين يقرر أن كلا من البيع والهبة يعد من الرجوع العملى أو الفعلى ؛ فهو أولاً جعل الرجوع الصريح قسماً للرجوع الفعلى ، وثانياً عد كل تصرف يؤدي إلى خروج العين الموصى بها من ملك الموصى يعد من قبيل الأفعال لا من قبيل الأقوال فقط .

ويجب أن يلاحظ ثلاثة أمور :

(أولا) : أن المادة الثانية من قانون الوصية تتلاقى في معناها إجمالاً مع ما أتت به المادة — ٩٨ — من لائحة المحاكم الشرعية خاصة بالوصية والرجوع فيها ويفترقان في ألفاظهما من ناحيتين (إحداهما) : أن قانون الوصية ألحق بالمسوغات التصديق على الورقة العرفية غير المكتوبة بخط المتوفى ، ولم يكن ذلك في اللائحة (والثانية) : أن الرجوع في المادة الثانية من قانون الوصية قيد الرجوع بالقولي ، فغير القولي يثبت بعد الوفاة بكل طرق الإثبات ، ولم يكن ذلك التقييد اللفظي في اللائحة الشرعية (ثانياً) : أن ذلك القيد ، وإن لم يذكر صراحة في المادة ٩٨ من لائحة المحاكم الشرعية ، فاللفظ يحتمله ، بل يجب أن يكون ملاحظاً ، لأن المسوغات للإثبات التي ذكرت بها ، وهي الرسمية والكتابة ، إنما تكون في تحرير الأقوال ، وتقييدها ، فلا تكون إلا في الرجوع بالقولي ، لأن الرجوع بالفعل عمل ، لا يجري فيه التحرير وإذا أريد تحريره كان قولياً ، وإذا لم ننظر ذلك النظر لم يكن ثمة رجوع فعلي ، وذلك باطل ، إذ اللائحة لم تمنعه ، والفقه يقرره .

(ثالثاً) : أن المادة الثانية من قانون الوصية جعلت تلك المسوغات واجبة الملاحظة في إثبات الدعاوى للحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ إلى اليوم ، فهي تطبق على كل الأقضية في هذه الحوادث ، ولا يقال إنها بذلك تسرى على الماضي ، لأن تقييد الرجوع بالقولي ، هو تفسير للائحة الشرعية ، إذ هو مبين لما تضمنته ، أو على الأقل مفسرها بطريق قانوني لما تحتمله احتمالاً راجحاً ، وبالنسبة لزيادة الورقة المصدق على التوقيع فيها هو موسع ومطلق ، والله أعلم .

ومن هذا يتبين أن الرجوع الذي يسرى في إثباته ما يسرى في إثبات الوصايا من قيود هو الرجوع بالقولي ، أو بعبارة أدق الرجوع الصريح ؛ وأن التقييد هنا بالرجوع بالقولي ؛ هو تفسير لما جاء المادة — ٩٨ — من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ؛ وبذلك هذا ما يأتي :

١ — أن المادة — ٢ — تسوغ الإثبات في الحوادث من سنة ١٩١١ إلى الآن ؛

بكل وسائل الإثبات المقررة في قواعده ، لأن التقييد مقصور على الرجوع
القولى ؛ فيبقى ما عداه على الأصول العامة في الإثبات من غير نظر إلى هذه القيود ؛
ولو قلنا إن اللائحة الشرعية تقيّد الإثبات في الرجوع بإطلاق بالورقة الرسمية ،
أو العرفية المكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها توقيعه ، لكانت أحكام القانونين
متضاربة وذلك غير معقول ؛ بل لا بد أن تكون متطابقة ، وذلك يكون إذا
كان المقيد مفسراً للمطلق ، ثم إنه من القواعد الأصولية ، أنه إذا توارد المطلق
والمقيد من الألفاظ على موضوع واحد ، واتحد السبب يحمل المطلق على المقيد .
ب — أن كلمة القولى في المادة الثانية كانت إضافتها باقتراح من أحد أعضاء
مجلس الشيوخ وقد أقر مندوب وزارة العدل إضافتها ، وقال في جلسة ٢ من إبريل
سنة ١٩٤٦ د انه تصريح بما هو متعين ، ووافق مجلس الشيوخ على ذلك الأساس
ثم كانت موافقة مجلس النواب ، وان هذا يؤدى الى اعتبار كلمة القولى تفسيراً
قانونياً لما جاء بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، إذ هي المتعينة في التقدير والفهم
وعلى ذلك كانت الموافقة العامة .

ح — أن لجنة العدل فيما أتت به من أحكام مغايرة بعض المغايرة للمادة
— ٩٨ — لم تعتبره رجعية للقانون بل اعتبرته تفسيراً لما تحتمله تلك المادة ،
فقد جاء في تقريرها عن المادة الثانية ما نصه :

د راعى أن ما أدخل من تعديل لا يفسر بأنه رجعية للقانون ، بل هو
تصريح بما تحتمله نصوص القانون القائم .

وإذا كانت إضافة الإثبات بالورقة العرفية المصدق على توقيعها اعتبر
تفسيراً وتصريحاً بما تحتمله المادة — ٩٨ — ووافق على ذلك النظر بمجلس الشيوخ ،
ثم مجلس النواب ، فأولى أن تعتبر كلمة الرجوع القولى ذلك الاعتبار .

وقد يعترض على تطبيق المادة الثانية من قانون الوصية على الحوادث السابقة ، بأنه
رجعية للقانون واضحة ، وأن محاولة تخريجها بأنها تفسير للقانون السابق يناقضه
قول المذكرة التفسيرية عند تقييد الرجوع بما نصه : د اتفقوا على أن الرجوع عن

الوصية بالقول وبالفعل ، وبكل تصرف يدل على الرجوع أو ينفي عنه ، ومع الاتفاق على هذا الأساس اختلفوا في كثير من الأفعال والتصرفات لاختلاف أنظارهم على دلالتها عليه اعتماداً على العرف أو القرائن الأخرى ، لهذا يشترط في الرجوع أن يكون بالكتابة حتى لا يحصل خلاف في تصرفات الموصى وأفعاله هل قصد بها الرجوع عن وصيته أولاً ، وليكون التشريع متجانساً في عقد الوصية والرجوع عنها ، فنص في المادة ١٨ على أن الرجوع يجب أن يكون بالكتابة .

هذا هو الاعتراض ، والجواب عنه : أن المذكرة التفسيرية تقول ذلك تبريراً لاشتراط الكتابة الذي كان يتضمنه نص المادة - ٨١ - والذي كان يتفق مع المادة - ٢ - وقد كانت كلتا المادتين تشترط لوجود الرجوع لا لإثباته الورقة الرسمية أو المصدق على التوقيع فيها ؛ وقد كان ذلك منتقداً ، فلما عرض المشروع على مجلس الشيوخ ثم النواب عدل المشروع ، وأصبحت الكتابة شرطاً في سماع الدعوى لا في وجود الرجوع ، ثم جاءت العبارات الموضحة في لجنة العدل ، وعلى لسان مندوب وزارة العدل ؛ وعلى لسان بعض الشيوخ مناقضة تمام المناقضة لما جاء في المذكرة التفسيرية التي خولف الأصل الذي قامت عليه .

وعلى ذلك أصبحت هذه الفقرة من المذكرة التفسيرية لا موضع لها ، لمخالفة أصلها ، لأن الذي يشرع القوانين إنما هو المجلسان لا اللجان الوزارية ؛ فتفسيره يؤخذ أولاً مما وافق عليه النواب والشيوخ ؛ وما جاء على ألسنة بعضهم ووافق عليه أكثرهم ؛ فإن وجد ما يناقضه من مذكرات اللجان لا يلتفت إليه ؛ وإنما يرجع إلى كلام المذكرات التفسيرية التي تحررها اللجان الوزارية التي تقوم بالتحضير الأول إذا لم يكن ما يناقضها .

هذا وإن المادة الثانية من قانون الوصية بعد تعديلها على ضوء المادة - ٩٨ - من اللائحة ؛ من حيث تقييد الإثبات وسماع الدعوى وعدم سماعها صارت من مواد الاجراءات يسرى عليها ما يسرى على قوانين الاجراءات من حيث أنها تسرى على الماضي ؛ إذ أن قوانين الاجراءات من المتفق عليه أنها تطبق على

الماضى فى كل ما لم يأخذ قوة الشىء المحكوم به ؛ إذ أنها لا تمس الحقوق المكتسبة التى بنى عليها منع رجعية القوانين ؛ هذا نظرنا كتبناه لوجه الله والحق ، ونرجو أن يكون الصواب ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

١٨٩ — وهناك أمور قد اختلف الفقهاء فى كونها تدل على الرجوع أو لا تدل ، وقد اختار القانون عدم دلالتها ، وهى نوعان :

أحدهما — جحود الوصية ، فقد اعتبره القانون غير دال على الرجوع ، والمراد من الجحود كل نفي للوصية فى الماضى ، لأن ذلك يعتبر كذباً ، والكذب لا يبطل العقود ، ولا يلغى الحقوق المقررة أو التى ستقرر ، أما النفي للوصية فى المستقبل ، كأن يقول اشهدوا أنى لا أوصى لفلان ، فإنه فى هذه الحال لا يعتبر ذلك جحوداً للوصية ، إذ ليس نفياً لوقوعها فى الماضى ، ولكنه نفي لبقائها فى المستقبل ، ونفى الاستمرار والبقاء هو الرجوع بعينه ، فيكون رجوعاً .

فنى الوصية يعتبر جحوداً لها ، إذا كان نفياً لوقوعها فى الماضى ، فيكون كذباً ، فلا يعد مبطلاً لتصرف ، ولا مانعاً لحق ، أما إذا كان نفياً لاستمرارها وبقائها فإنه يعد رجوعاً ؛ لأن ذلك هو حقيقة الرجوع ، وليس فيه إنكار لوقوع الوصية ، حتى يكون كذباً ، وسندين الآراء الفقهية فى الجحود فى موضعه ، وسنجلى فيها هذا المعنى .

ثانيهما — كل تغيير فى العين يزيل اسمها ، أو يغير وصفها ، أو يزيد فيها زيادة يمكن تسليمها بدونها ، أو لا يمكن ، فإنه لا يعد رجوعاً مادامت الحقيقة لم تزل ، فإذا زاد فى العين البناء فهى لم تزل ، وإذا غير صفاتها ، بأن كانت ثياباً فصبغها ، أو قطعها ، أو كان الموصى به سيارة ، فغير بعض أجزائها ، ليجعلها أحسن ، أو يخلط الموصى به بغيره خلطة يجعله غير متميز ، سواء أكان قيمياً أم مثلياً ، ففى كل هذه الأحوال لم تزل الحقيقة ، ولم تخرج عن ملك الموصى به ، ومادامت الحقيقة فى ذاتها ثابتة لم تخرج عن ملك الموصى ، فلا يعد رجوعاً فى ذاته إلا إذا صحبته قرينة قولية أو عرفية دلت على الرجوع ، فلا تكون دلالة الرجوع بذات

الفعل . إنما تكون الدلالة مما حذف بالفعل من قرائن .

فالمسلك الذى سلكه القانون فى الأفعال التى قد تعد رجوعاً أنه لم يعتبر إلا ما كان منها مهلكاً للعين مزيلاً لها لإزالة نامة ، أو ناقلاً للملكية فيها نقلاً تاماً ، أما إذا استهلكت العين فى غيرها ، بأن دخلت فى أشياء أخرى للموصى ولم يمكن فصلها ، فلا يعد إزالة لحقيقتها ، فلا يعد رجوعاً فى ذاته ، وإن صحبه ما يدل على الرجوع اعتبر هذا دليلاً على الرجوع .

وهذا غير مسلك الفقه الحنفى ، كما سنبين :

ويجب أن يلاحظ مع ذلك أن مشروع القانون كان لا يعتبر الخروج من الملك بعوض رجوعاً عن الوصية ، بل كان البدل يقوم مقام العين ، ولكن لم يؤخذ بذلك ؛ واعتبر كل تصرف يقتضى خروج العين عن الملك بعوض ، أو بغير عوض يعد رجوعاً ، ولذا جاء فى تقرير لجنة العدل بمجلس الشيوخ ما نصه : « كانت المادة ١٩ تقول فيما لا يعتبر رجوعاً » ولا تصرف الموصى فيه تصرفاً يزيله عن ملكه بعوض ، ولا خلطه بغيره ، فأبدل بهذه العبارة « إلا إذا دلت قرينة أو عرف على أن الموصى يقصد بذلك الرجوع عن الوصية » .

وانقد كان فى مادة المذكورة فى المشروع برقم — ٧٥ — نص يقول : « إذا تصرف الموصى فى الوصية بعوض واستبدل غيرها بها ، واقتضى ذلك دفع شىء من ماله اشترك الورثة فى الوصية بقدر ما دفعه ، وقد طلب مندوب وزارة العدل من مجلس الشيوخ حذف هذه المادة ؛ لأنها وردت فى المشروع على أساس أن خروج العين بعوض لا يكون رجوعاً فى الوصية ، وهى الآن مخالفة لما أخذ بها ، ووافق المجلس على حذفها ، وبذلك زالت تلك الفكرة من القانون وزالت كل آثارها .

١٩٠ — وتبين من هذا أن كل تصرف لا يغير الجوهر الأصيل للعين ، وإنما يغير اسمها ، أو وصفها ، أو يخلطها بغيرها ، أو يمزجها مزجاً لا يقبل الانفصال لا يعد رجوعاً ، ولا دليلاً على الرجوع .

ومن ذلك الزيادة المتصلة بالعين ، وقد خص القانون الزيادة بنوع من البيان

فذكر عدة أنواع من الزيادات ، لا يعد إنشاء رجوعاً في الوصية ، وبين حق الموصى له في العين ، بعد إنشاء الزيادة .

وقد ذكر القانون أحوال الزيادة وأحكامها من حيث الشركة بعد الوفاة بين الورثة والموصى له ^(١) .

وقد ذكر قاعدة تسرى عليها جميعاً ، وهي أن الزيادة إن كانت مما يتسامح فيه عادة ، فإنها لا توجد شركة بين الورثة والموصى له ، بل تكون العين كلها وصية للموصى له ، إذ لا تعتبر زيادة ، لأن الناس يضيفون إلى أملاكهم زيادات للارتفاع بها في حياتهم من غير أن يقصدوا أن تكون الزيادة ذات قيمة مالية تقدر في عين المال ، والزيادة اليسيرة التي يتسامح فيها لا تعد ذات قيمة مالية في الجملة .

وكذلك إذا كانت الزيادة ذات قيمة مالية لا يتسامح فيها عادة ، ودل بقوله أو قرائن أخرى على إرادة إلحاقها بالوصية على أن تكون من تابعها ، فإن العين تكون كلها وصية ، إذ لم تتحقق ملكية الورثة فيها ، بإدارة الموصى ذلك الإلحاق .

(١) بين القانون ذلك في المواد ٧١ ، ٧٢ ، ٧٣ ، ٧٤ ، ٧٥ وهذا نصها :

مادة ٧١ — إذا غير الموصى معالم العين الموصى بها ، أو زاد في عماراتها شيئاً مما لا يستقل بنفسه كالمرمة والتجصيص كانت العين كلها وصية ، وإن كانت الزيادة مما يستقل بنفسه كالفراس والبناء شارك الورثة الموصى له في كل العين بقيمة الزيادة قائمة .

مادة ٧٢ — إذا هدم الموصى العين الموصى بها ، وأعاد بناءها على حالتها الأولى ، ولو مع اشتراك تغيير معالمها كانت العين بمآلاتها الجديدة وصية .

وإن أعاد البناء على وجه آخر اشترك الورثة بقيمة مع الموصى له في جميع العين .

مادة ٧٣ — إذا هدم الموصى العين الموصى بها ، وضم الأرض إلى أرض مملوكة له ، وبني فيها الموصى له مع الورثة في جميع الأرض والبناء بقيمة أرضه .

مادة ٧٤ — استثناء من أحكام المواد ٧١ فقرة ثانية ، و ٧٢ إذا كان ما دفعه الموصى ، أو زاده في العين يتسامح في مثله عادة ألحقت الزيادة بالوصية ، وكذلك تلحق التي لا يتسامح إذا وجد ما يدل على أن الموصى قصد إلحاقها بها .

مادة ٧٥ — إذا جعل الموصى من بناء العين الموصى بها ، ومن بناء عين مملوكة له وحده لا يمكن معها تسليم الموصى به منفرداً اشترك الموصى له مع الورثة بقدر قيمة وصيته .

هذه قاعدة عامة ، تراعى فى كل زيادة ، فلا تكون شركة ، إلا إذا كانت الزيادة غير يسيرة ، ولم يثبت إلحاقها كلها بالوصية فى الأراضى والمباني وما يماثلها .

١٩١ — بعد ذلك نتجه لبيان الأحوال المختلفة التى ذكرت فى القانون للزيادة ، وهى أربع (أولاها) إذا زاد فى العين من غير هدمها ، (ثانيا) إذا هدمها وغير معالمها ، (ثالثها) إذا كانت أرض عليها بناء فهدمها ، وضمها إلى أخرى ، وبني عليها و (رابعها) إذا جعل من الدار الموصى بها ، وأخرى لم يوص بها داراً واحدة ، بهدم وبناء ، حتى صارتا واحدة .

فلنتكلم فى كل حال من هذه الأحوال ، واحدة ، واحدة .

١٩٢ — فإذا كانت العين الموصى بها أرضاً مثلاً ، وزاد فيها ، فإن كانت الزيادة مما يزيد فى قيمة العين ، وتكون له قيمة إذا انفصل من العين كبناء يقيمه ، وغرس يغرسه ، فإنه فى هذه الحال لا تعتبر الأرض بما عليها كلها وصية ، بل يعتبر بعضها موصى به ، وبعضها غير موصى به ، وبعد الوفاة يكون الورثة شركاء الموصى له ، بما عليها من مبان ، أو بما فيها من غراس ، فيكون لهم فى العين قيمة البناء أو الغراس قائمين ، بأن تقدر العين خالية من الزيادة ، وتقدر مع الزيادة ، فيكون الفرق هو قيمة البناء أو الغراس ، وتكون غلات العين موزعة بنسبة مقدار القيمة لما يملكه كل واحد من الشركاء .

وإن كانت الزيادة ليست لها قيمة إذا انفصلت ، أو لا يمكن فصلها كتجسيص الدار أو مرمتها ، أو عمل تحسين فيها يزيد فى قيمتها ، ولكن ليست للزيادة قيمة إذا انفصلت ، أو لا تقبل الانفصال ، فإن الورثة من بعد وفاة الموصى ليس لهم أى حق فى العين الموصى بها^(١) ، إذ أن ذلك التحسين ليست له قيمة مالية منفصلة عن العين ، وقيام الموصى به كان لبقاء العين والانتفاع الشخصى بها ، ولا يعد

(١) هذا حكم متفق عليه بين الحنفية والمالكية ، ويتفق فيه القانون مع المذهب الحنفى ، كما جاء فى تبين الحقائق وفى البدائع ، فلا يعد مثل هذا التحسين رجوعاً ، لأنه طريق لا انتفاع الموصى بالعين فى حال الحياة .

زيادة مقصودة فيها ، وليست لها قيمة مستقلة في ذاتها ، فلا يمكن وجود شركة بسببها بين الورثة والموصى له .

١٩٣ — إذا كان التغيير في العين والزيادة فيها بهدمها ، وإعادة بنائها كأن كانت آيلة للسقوط فهدمها ، وأعاد بنائها ، أو كانت على حال من البناء أراد تغييرها لتكون أمكن وأقوى دعائم ، أو ليغير في أسسها ، فإن أحاد بناءها على الوضع الأول فإن تلك الزيادة لا توجد شركة بين الورثة ، وبين الموصى له بل تكون كلها له ، وإن زادت في قيمة العين لأن ذلك الإصلاح لبقائها ، وكل إصلاح لبقاء العين لا يكون المقصود منه الزيادة فيها ، ويكون كنهاء الحيوان والشجر ، وإن نما الحيوان لا يعد زيادة توجب شركة بين الورثة والموصى له ، فكذلك كل زيادة على ذلك النحو .

وان أعاد البناء على وضع آخر لا يعده العرف تجديداً للأول ، بأن جعلها عمارة ذات طبقات ، كانت العمارة كلها شركة بين الموصى له ، والورثة ، وكانت شركة الموصى له بقيمة الأرض ، لأن هدم الدار ، قد أزال سبب ملكيته في البناء الأول ، فلم تبق الوصية الا في الأرض ، فصارت قيمة الوصية هي قيمة الأرض ، وللورثة قيمة المباني ، وكل يسهم في الغلات بمقدار قيمة ما يملك .

١٩٤ — وإذا كان التغيير بهدم البناء ، وضم الأرض الى أرض أخرى يملكها . ثم البناء عليهما ، كأن هدم البناء ، ثم بنى عن الأرضين عمارة كبيرة فإنه في هذه الحال تكون العمارة بعد وفاته شركة بين الموصى له ، والورثة ، وتكون حصصة الوصية هي قيمة الأرض الموصى بها ، لأنه بإزالة البناء ، قد انحصرت الوصية في الأرض ؛ ولم تبطل باتفاق الفقهاء ، فتكون الموصى له الأرض ، ويضرب في الشركة بقيمتها ، ويكون للورثة الباقي وتكون الغلات بينهم ، كل منهم يضرب بما يعادل ما يملك .

١٩٥ — وإذا جعل من الدار الموصى بها مع أرض أخرى مبانيها عمارة واحدة ، ولا يتم ذلك الا بهدم وبناء ، وإزالة وإبقاء ، فإنه في هذه الحال تكون العمارة مشتركة بين الورثة والموصى له ، ويكون للموصى له الأرض والمباني الباقية .

من الدار التي كانت هي الموصى بها ، ويكون للورثة الباقي ، ويضرب كل في الغلات بقيمة نصيبه ، وإنما كانت لهم الأرض والمباني التي لازالت قائمة من الدار الأولى ؛ لأن الوصية كانت متعلقة بها ، ولم تهلك كلها ، بل أزيل بعضها ، وبقي بعضها ، فصارت الوصية متعلقة بالأرض وبالباقي من البناء ، وصار ما يملك الموصى له بالوصية من بعد وفاة الموصى هو قيمة الأعيان الباقية منها .

١٩٦ — هذه هي أحكام الزيادة في العين الموصى بها ، وقد ذكر القانون أحوال البناء والغراس والأراضي ، ولا شك أن كل ما يماثل هذه الأحوال التي ذكرت في العقارات تنطبق أحكامها على المنقولات ، إذا كانت لها مثل هذه الأحوال ، فإذا كان الموصى به آلة تدار ، وقد تلفت بعض وحداتها ، فزاد الموصى وحدة فيها زادت قيمتها ، ولم تكن تلك الزيادة يسيرة وغيرت في معالم العين ، ولم يقصد إلحاقها بالوصية ، فإن الورثة يكونون شركاء الموصى له من بعد الوفاة بقيمة ، وهكذا .

وهذه الأحكام مأخوذة في جملتها من مذهب مالك ، وإن اتفقت في بعضها مع مذهب أبي حنيفة .

١٩٧ — المصادر الفقهية للرجوع : قلنا إن القانون لم يعتبر الجحود المجرد رجوعاً ، ولم يعتبر الزيادة أو النقص الذي لا يزيل جوهر الموصى به رجوعاً ولذا ذكر بالبيان هذين الموضوعين في الفقه الحنفي الذي هو الأصل مقارناً بالقانون ، ليتبين مقدار المغايرة بينهما .

١٩٨ — ولنتكلم أولاً في الجحود : إن عدم اعتبار الجحود رجوعاً في الهبة هو أحد قولين مصححين من مذهب أبي حنيفة ، ولذلك نعتبر مذهب أبي حنيفة هو الأصل لهذا الجزء من القانون ، ولذا نفصل القول فيه بعض التفصيل .

لقد جاء في البدائع : « لو أوصى ثم جحد الوصية ذكر في الأصل أنه يكون رجوعاً ، ولم يذكر خلافاً ، قال المعلى عن أبي يوسف في نوادره قال أبو يوسف رحمه الله في رجل أوصى بوحية ، ثم عرضت عليه من الغد ، فقال لا أعرف هذه

الوصية، قال هذا رجوع منه، وكذلك لو قال لم أوص بهذه الوصية. قال وسألت محمداً عن ذلك فقال لا يكون الجحود رجوعاً، وكذلك في الجامع إذا أوصى بثلاث ماله لرجل، ثم قال بعد ذلك أشهدوا أنني لم أوص لفلان بقليل، ولا كثير لم يكن هذا رجوعاً عن وصية فلان ولم يذكر خلافاً، فيجوز أن يكون ما ذكر في الأصل قول أبي يوسف، وما ذكر في الجامع قول محمد، ويجوز أن يكون في المسألة روايتان، (١)

وهذا الكلام يدل على أن في المسألة رأيين أو روايتين، وقد اختار صاحب الهداية أن يكون في المسألة رأيان، رأى أبي يوسف، وهو يعتبر الجحود رجوعاً، ورأى محمد، وهو لا يعتبر الجحود رجوعاً، والمتون تختار قول محمد، ولذا اعتبر أصح القولين، وإن كان كلاهما صحيحاً (٢).

وحجة الرأي الذي يرى أن الجحود رجوع (١) أن الجحود يدل على عدم الرضا بالوصية، وليس الرجوع إلا هذا أو أن الدافع إليه هذا، وإذا اتحد المقصد فهما، فلا بد أن يتحد المعنى، فيكون الجحود رجوعاً.

(٢) وأن الجحود نفي لوجود الوصية في الماضي والحاضر، فكان في دلالاته على عدم وجود الوصية أقوى من الرجوع، لأن الرجوع الصحيح نفي لوجود الوصية في الحاضر فقط، فكان أولى أن يكون رجوعاً؛ لأنه أبلغ في نفي الوجود. (٣) وأن الأشباه والنظائر تؤيد هذا المعنى، فإنكار الموكل للوكالة يعد عزلاً للوكيل، وإنكار المتبايعين للبيع يعد اقالة، فكذلك إنكار الوصية يعد رجوعاً.

وحجة الرأي الثاني، وهو رأى محمد (١) أن حقيقة الرجوع تغاير حقيقة الجحود؛ إذ أن حقيقة الرجوع اقرار بوجود الوصية في الماضي، وإبطالها

(١) البدائع ج ٧ ص ٢٨٠.

(٢) ويجب التنبيه إلى أن مذهب الحنفية أن الجحود لا يعتبر رجوعاً عند من يرى ذلك إذا تمخض للنفي في الماضي، فإن صرح بالنفي في المستقبل اعتبر رجوعاً، ولذلك جاء في حاشية الزباعي ما نصه: «في نوادر ابن سبابة عن محمد إذا أوصى لرجل ثم قال لم أوص لم يكن رجوعاً، ولو قال أشهدوا أنني لا أوصى له فهو رجوع».

في الحاضر والقابل ، أما الجحود فنفي لوجودها في الماضي ، ولا يصح أن نعتبر حكم أحد الأمرين المتغايرين في حقيقتهما ، حكم أحدهما من غير جهة مشتركة بينهما ، ولا اشتراك في المعنى الموجب للحكم .

(٢) وأن إنكار الوصية التي وجدت يعد كذباً ، وليس للكذب اعتبار شرعى ، بل يكون كاللغو لا حكم له .

(٣) والأشباه والنظائر تنزى ذلك ، فإنكار النكاح لا يعد طلاقاً ، والإقرار الذى يثبت كذبه لا يلتفت إليه ، لأن الكذب لغو دائماً متى قام الدليل عليه ، فإذا كان الإقرار بالكاذب فى حكم اللغو فنظيره وهو الإنكار بالكاذب فى حكم اللغو .

هذا فقه المسألة فى الجحود ، وترى فى مذهب الحنفية متسعاً لحكم القانون فيها ، بل إنه يتفق مع أصح الأقوال فيه .

١٩٩ — ولنتنقل بعد ذلك إلى الأفعال التى تنال العين ، فتعتبر رجوعاً :

أخذ القانون فى هذه المسألة بمذهب مالك رضى الله عنه ، والقاعدة فى هذا المذهب أن التغيير فى العين إذا لم يذهب بجوهرها ولا كيانها ، ولا يعتبر إفناء لها لا يعد رجوعاً ؛ فالهلاك المبطل للوصية هو الذى يصيب الشئ فى جوهره ، لا التغيير الذى يصيبه فى مظهره ، فتحويل القمح إلى دقيق لا يعد استهلاكاً ، وخياطة الثياب لا تعد استهلاكاً ، والبناء على الأرض لا يعد استهلاكاً ، وخلط الموصى به بغيره من ملك الموصى ، بحيث لا يتميز أحدهما لا يعد استهلاكاً ، ولكن إذا ذبحت الشاة الموصى بها يعد استهلاكاً ، فتبطل الوصية .

فمالك لم ينظر إلى التغييرات التى تلحق الموصى به من حيث أنها فى ذاتها تدل على الرجوع أو لا تدل ، إنما نظر إلى الأفعال من حيث أثرها فى العين ، فما دامت لم تزل حقيقة الموصى به لا تبطل الوصية ، أما الفعل عنده فلا يدل على الرجوع بذاته ، إنما يدل عليه ما يحف بالفعل من قرائن قولية ، أو نحوها مما يدل على الرجوع .

وإن لب المذهب المالكى لا يوسع نطاق الرجوع ، فلا يعتبر كل شئ يدل

عليه ؛ لأن منطقته أن الرجوع في العطايا لا يجوز إلا في أحوال استثنائية ، ولم
يجز الرجوع في الوصية إلا لأنها لا تنفذ حكمها في الحال بل بعد الوفاة .

هذا نظر المالكية ، وهو نظر القانون ، أما نظر أبي حنيفة ، أو الفقه الحنفي
في جملته ، فيختلف عن ذلك ، ويقرر قاعدة أخرى ، فقد نظر في الفعل من ناحية
دلالة على إرادة الموصي ، وأثره في العين ، فإن كان الفعل من شأنه أن يجعل
العين متصلة بملكه اتصال دوام وقرار ، أو من شأنه أن يغير عنوانها وأوصافها ،
وأحوالها ، فإن ذلك يكون معلناً لإرادة الموصي الرجوع في الوصية المعين الموصي
به فيها ، أو مزيلاً للاسم الذي تسمت العين به في الوصية ، فيكون ذلك استهلاكاً
لها ، فهو يختلف عن المذهب المالكي (١) في أنه اعتبر كل تغيير للوصف أو للاسم
استهلاكاً ، وكذلك اعتبر كل اتصال دائم بملكه والخلطة التي لا يكون معها تمييز
الأعيان تعد استهلاكاً (٢) وأنه اعتبر ذلك التغيير دليلاً على إرادته الرجوع ،
لأن الوصية إذا كان يريد بقاءها ، فظاهر الحال يقتضي إقرارها ، لا خلطها ،
ولا التغيير فيها .

ولقد ذكر الزيلعي ضابطاً لما يعد رجوعاً في المذهب الحنفي فقال : « الأصل
فيه أن كل فعل لو فعله الإنسان في ملك غيره بغير إذن مالكه ينقطع به حق
المالك ، ويصير حقه في الضمان ، فإذا فعله الموصي بالعين الموصى بها كان رجوعاً ،
كما إذا اتخذ الحديد سيفاً ، أو الصفر آنية ، لأنه لما أثر فيه قطع ملك المالك ، فلا
يؤثر في المنع أولى ، وكذلك كل فعل يوجب زيادة في الموصى به ، ولا يمكن
تسليمها إلا له ، فهو رجوع ، وكذا إذا خلطه بغيره بحيث لا يمكن تمييزه ، اه
من التبيين بتصرف قليل .

أثر الوصية وتنفيذها

٢٠٠ م — قلنا إن الوصية التي تنفذ هي الوصية بثلاث المال الذي تركه المتوفى ، وقلنا إن الثلث لا يقدر إلا بعد الوفاة ، ولكن أيقدر وقت الوفاة ، أم يقدر عند القسمة ؟ ثم إذا كانت التركة مدينة كيف يقدر الثلث أمن التركة كلها ، أم من التركة بعد الدين الباقي ؟

ولنذكر الجزء الثاني قبل الأول ، إذا كانت التركة مدينة بدين مستغرق ، فإنه لا حق للموصى له في شيء منها ، إلا إذا برئت ذمة المتوفى من الدين كله أو بعضه ، وبراءة ذمته منه أو من بعضه تكون بإبراء الدائنين ، أو بتبرع بعض الناس بسداد الدين عن المدين سواء أكان أجنبياً ، أم كان وارثاً ، إلا إذا استخلص الوارث التركة لنفسه بالسداد ، وأراد بأداء الدين ذلك ، لا التبرع بالأداء عن المدين . وفي هذه الحال ، تكون التركة أو مقدار ما حصلت البراءة فيه ، إن كانت البراءة من بعض الدين كتركة خالية من دين ، فتعتبر الوصية من ثلثها ، ويكون نفاذها منه ،^(١) ، فإذا كانت التركة قيمتها ألف ، وعليه دين قدره ألف وحصلت البراءة منه ، فإن الوصية تنفذ من ثلثها ، وإن حصلت البراءة عن ستمائة فالوصية تنفذ في ثلث ما قيمته ستمائة من التركة .

ومثل هذه الصورة الأخيرة ما إذا كانت التركة غير مستغرقة بالدين ، فإذا كانت قيمة التركة ألفاً ، ومقدار الدين أربعمائة اعتبرت التركة ستمائة ، ونفذت الوصية بثلثها .

والخلاصة أنه ينفذ الدين أولاً ، فإن بقي شيء من بعده ، كانت التركة التي تنفذ الوصايا من ثلثها هي الجزء الخالص من الدين ، إما لأن الدين في أصله غير

(١) بينت ذلك المادة ٢٨ من القانون ، ونصها : « تصح وصية المدين المستغرق ماله بالدين ، ولا تنفذ إلا ببراءة ذمته منه ، فإن برئت ذمته من بعضه ، أو كان الدين غير مستغرق نفذت الوصية في الباقي بعد نفاذ الدين »

مستغرق ، أو لأن الدائن أبرأ المدين ، أو لأن أحداً من ذوى الصلة به قد سدد عنه بعضه أو كله متبرعاً له ، ففي هذه الصور كلها ، يكون الجزء الخالص هو التركة التي تورث ، وتنفذ منها الوصايا .

وذلك لأن الشرع الإسلامي جعل حق الدائنين مقدماً على الوصية ، ولأن الدائنين تعلقت حقوقهم بأعيان التركة ب وفاة المدين من غير سداد ، إذ أنه بالوفاة قد ضعفت ذمته عن تحمل الدين ، فتعلق بتركته ، وما بقي من ذمة له بعد وفاته ، فليبقى المال على حكم ملكه ، حتى تسدد الديون ، وتنفذ الوصايا ، وبعدها لا يكون لزمته وجود .

٢٠١ — وإذا كانت الوصية بعين معينة ، والدين كان متعلقاً بهذه العين قبل الوفاة بأن كان للدائن حق اختصاص على العين ، أو رهن عليها ، فإن حقه في الاستيفاء منها يكون مقدماً على حق الموصى له في الوصية بها ، ولو كانت تخرج من ثلث الباقي بعد سداد الدين ، لأن الدين مقدم على الوصية باجماع الفقهاء ، ولأن حق الموصى له لم يتعلق بالوصية إلا بعد الوفاة ، أما حق الدائن فتعلق بها قبل الوفاة ، فيستوفي الدين منها أولاً .

ولكن إن استوفي الدين منها كلها ، أو من بعضها لا يضيع حق الموصى له في الوصية ؛ لأن الوصية قد صححت ، ولزمت بقبول الموصى له بعد الوفاة ، فلا تقبل السقوط بعد ثبوتها ولزومها ، ما دام للمتوفي تركة تخرج العين من ثلثها ، فإن لم تستوف بذاتها نفذت بقدرها .

ولهذا قرر القانون^(١) أنه يرجع بقيمة الموصى به في باقى التركة ، إن سدد المدين من الموصى به المعين له ، ويعتبر ثلث الباقي بعد الدين ؛ لأن التركة التي توزع بين الورثة والموصى له هي التي تكون بعد البراءة من الدين بالسداد أو بالإبراء .

٢٠٢ — هذا ويجب التنبيه إلى أن وصية المدين ، ولو كان الدين مستغرقاً ،

(١) هذا ما ذكرته المادة ٣٩ — ونصها : « إذا كان الدين غير مستغرق ، واستوفي كله

أو بعضه من الموصى به كان للموصى له أن يرجع في ثلث الباقي بعد وفاة الدين .

تتعدد ، ولا تقع باطلة ، وذلك لأن العبرة بكونه مديناً أو غير مدين ، إنما تكون عند الوفاة ، وتعلق الدين بالتركة إنما يكون عند الوفاة ، ووقت إنشاء الوصية وهو وقت الحياة ليس وقت الموازنة بين ما يملك ، وما هو دين عليه ، فعماء يكون مديناً عند الإنشاء ، وخالصاً من كل دين عند الوفاة ، وقد يكون العكس ، فالمال غادر ورث ، فالحكم ببطالان الوصية لأجل الدين لا سبب يقتضيه .

ولا يصح أن يقال إن الوصية تكون متوقفة على إجازة الدائنين بعد الوفاة ، لأننا لو قلنا ذلك لكان معناه أن الدائنين إن أجازوها نفذت ، ولو كانت في كل المال الذي أجزت فيه ، ويلاحظ حق الورثة .

إنما الكلام السامع أن يقال إن الوصية صحيحة ، ولكن يمنع تنفيذها هي وحق الورثة على سواء - المحافظة على حقوق الدائنين ، فإن أسقطوا دينهم ، فقد زال المانع من تنفيذ الوصية وميراث الورثة ، أو يقال إن المتوفى يتعلق بماله حقان أحدهما أسبق من الآخر ، أما الأول فهو حق الدائنين ، وأما الثاني فهو حق الورثة والموصى له ، وهما بالنسبة للدائنين مرتبة واحدة ، فإذا زال حق الدائنين بأداء الدين إن كان غير مستغرق أو بالبراءة ، ولو كان مستغرقاً ، فإن حق الورثة والموصى له يحمى ، فيقسم الموصى له الورثة في حدود الثلث من غير حاجة إلى رضا منهم ، ويأخذون هم الباقي بعد الوصية يقسمونه على حسب الفريضة الشرعية .

وأحكام التركة المدينة من حيث حق الورثة والدائنين متفق عليه في المذهب الحنفي .

٢٠٣ - ننتقل إلى الكلام في وقت تقدير الثلث ، أنه بلا شك في التركة المدينة يقدر الثلث بعد البراءة أو سداد الدين فعلاً ، ولو تمت القسمة قبل السداد ، لأنه عسى ألا يكون الجزء المخصص للدين لائق ، ولأن اعتبار حق الدائنين مقدماً على حق الورثة والموصى له يوجب الانتظار إلى أن يسدد الدين ، حتى يعرف خالص التركة . وأما إذا كانت التركة خالية من الديون أو سددت الديون أولاً ، أي يقدر الثلث بثلث الأموال عند الوفاة ، أم بالثلث عند القسمة ؟ هذا موضع النظر

والاختلاف بين الفقهاء ، ولذكره غير مفصلين ، وإن كنا موضحين ، ثم نبين بعد ذلك ما اختاره القانون .

لقد اختلف الفقهاء في وقت ملكية الموصى به ، وبناء على اختلافهم في وقت الملكية اختلفوا في أمرين مترتبين على ذلك : (أحدهما) الوقت الذي تقدر فيه التركة ، (وثانيهما) ملكية الزوائد التي زادها الموصى به بعد وفاة الموصى إلى وقت القسمة ، فإن هذين الأمرين متربان لا محالة على وقت الملكية ، فإذا جرى في وقت الملكية اختلاف ، فهو جار فيها لا محالة ، فلنذكر الاختلاف الأصلي ، ثم نذكر بعد ذلك الاختلاف الفرعى :

لقد اختلف الفقهاء في وقت الملكية على أقوال أربعة :

القول الأول : أن الملكية تبتدىء وتثبت من وقت الوفاة ، لا من وقت القبول ، وأساس هذا رأى أن الملكية في الوصية لا تحتاج إلى القبول لالتزامها ، ولا للزومها ، بل الملكية تنتقل بها كما تنتقل بالميراث من غير حاجة إلى قبول ، إذ الملك فيهما بالخلافة ، والملكية بالخلافة لا تحتاج إلى قبول ، وهذا رأى زفر وبعض المالكية ، وقد ذكرناه في صدر كلامنا في الوصية عند الكلام في القبول ، وبيننا وجهة نظر مخالفه ، وردهم لحجته .

القول الثانى : أن الملكية تثبت من وقت القبول ، فالقبول في هذه الحال شرط لتمام الوصية ، فالوصية حينئذ لا تتم إلا به ، ولا تثبت الملكية بها إلا من وقت تمامها ، فأيجابها والوفاة لا يكونان السبب الذى أوجد الملكية للموصى له ، إنما السبب هو الايجاب والوفاة والقبول ، ولا تثبت الملكية قبل تمام سببها .

وقد وجد هذا القول عند المالكية والشافعية ، وهو أرجح الأقوال عند الحنابلة . والمالك في الفترة التي بين الوفاة والقبول ، قد اختلف فيه أصحاب هذا رأى ، فبعضهم قال إن الملكية تستمر للموصى ، حتى تؤول للموصى له ، لأن الوصية قبل القبول معلقة تحتل الوجود والعدم ، فإن تمت بالقبول فقد وجدت ، وإن

لم يكن القبول فقد ألغيت ، فان وجدت آل الموصى به إلى الموصى له ، وإن ألغى الإيجاب بعدم القبول آلت العين للورثة ؛ فيبقى ملك الموصى ، حتى يتبين من يؤول الموصى به إليه .

وبعضهم قال إن الملكية تكون للورثة في هذه الفترة ، وذلك لأن الورثة هم الخلفاء بمقتضى حكم الشارع على التركة بمجرد الوفاة ، ولا تلغى خلافتهم في جزء من التركة ، إلا بوصية من المورث ، ولم توجد تلك الوصية لازمة قبل القبول ، فبقى حكم الأصل جارياً إذ لم يثبت خلافه ، فاذا قبل الموصى له الوصية زالت خلافتهم ، وحلت محلها خلافته .

القول الثالث : أن الملكية تبتدىء من وقت الوفاة ، ولكن لا تثبت إلا بالقبول ، فقبل القبول لا تثبت ملكية للموصى له وبعد القبول تثبت ، وإذا أثبت كانت مستندة إلى وقت الوفاة ، وكأن الملكية في الفترة التي تكون بين الوفاة والقبول ، تحتل الثبوت للورثة أو للموصى له ، والقبول يعين أحد الاحتمالين ، فالقبول تتكشف به الملكية ، وتبين أنها للموصى له ، وعلى هذا الرأي يكون القبول شرطاً للزوم الوصية ، وليس بجزء متعم لها ، إذ السبب الموجد للملكية هو إيجاب الموصى فقط ، ولكنه يشترط لأعمال ذلك السبب قبول الموصى له بعد الوفاة ، وإذا توافر الشرط عمل السبب من وقت تحقق معناه وهو وقت الوفاة ، وقد بينا وجهة هذا الرأي في صدر كلامنا في الوصية ، لأنه المصرح به في القانون .

وهذا رأى عند الشافعية : وهو أصح الأقوال عندهم ، ورأى عند المالكية ، وهو أشهر الأقوال في ذلك المذهب .

القول الرابع : وهو قول الحنفية ، وهو في معناه كالرأى الثالث ، أى أن الملكية تثبت من وقت الوفاة ، وأن القبول شرط لثبوت الملكية من وقت الوفاة ، ولكنهم يضيفون شرطاً آخر غير القبول لثبوت الملكية مستقرة في ذلك الوقت ، وهو القسمة والقبض ، أى أن الملكية تثبت من وقت الوفاة ،

ولكن يكشف ثبوتها مستقرة أمران لا أمر واحد ، ويجعلون القسمة والقبض الموصى به هو الأمر الثاني ، أى أن الفرز والقبض بعد القبول هو الذى يعين الملكية المستقرة ويكشف ثبوتها .

وبناء على ذلك رأى يكون ما يهلك قبل القسمة والقبض ، ولو كان الموصى به معيناً محتسباً من الجميع ، ولا تخلص الأعيان الموصى بها من ذلك .

٢٠٤ — هذه أقوال الفقهاء فى وقت الملكية ، ولنطرح منها رأى الأول ، فإنه فى جوهره لا يفترق عن رأى الثالث إلا فى اشتراط القبول ، وليس ذلك بجوهرى بالنسبة لابتداء الملكية ، فهو من حيث ابتداؤها يتفق مع رأى الثالث ، فالأقوال ثلاثة :

وقد أنبنى على ذلك الخلاف خلاف فى وقت تقدير الوصية ، وكانت الأقوال أيضاً ثلاثة :

القول الأول : قول الشافعية فى المشهور وبعض المالكية أن تقدير التركة واعتبار الثلث الذى لا يحتاج فى نفاذه إلى إجازة الورثة هو وقت الوفاة ، وذلك لأن الملكية فى الموصى به تكون من وقت الوفاة ، فيجب أن يكون تقدير الثلث فى وقت الوفاة .

القول الثانى : قول عند الحنابلة ، وهو تقدير قيمة الموصى به بالنسبة للتركة عند القبول ، لأن الملكية عند أصحاب هذا رأى لا تنشأ إلا عند القبول ، فلا تكون من قبله ، فلا يكون تقدير الثلث قبل ذلك ، وقال بعض الحنابلة إن تقدير الثلث يوم القسمة والقبض ، وهو رأى الثالث الذى سنبينه .

القول الثالث : قول الحنفية إن الثلث يقدر يوم القسمة ، لأن ذلك وقت تنفيذ الوصية وإعطاء كل ذى حق ، فكل نقص فى القيمة ، أو هلاك فى الأعيان يكون من حصص الجميع ، فيكون تقدير الثلث على ذلك الأساس ، وكذلك إذا زادت الأعيان بناء ، أو غلات يكون للجميع ، وقد وافق على ذلك رأى بعض الحنابلة وبعض المالكية ، ففى منح الجليل : « إن المعتبر فى الثلث ثلث مال الموصى يوم

تنفيذ الوصية لا يوم وفاته ، وفي حاشية العدوى على الحرشى إن العبرة بالثلث يوم التنفيذ زاد المال أو نقص .

٢٠٥ — هذه الأقوال في تقدير التركة ، وتقدير الثلث بالنسبة إليها ، وترى أن الخلاف في ذلك أساسه الخلاف في ابتداء الملكية في الجملة ، وإن خالف بعض الفقهاء الأصل في بعض ما ارتأوه ، فقالوا في التقدير ما لا يبنى على ما قيل في ابتداء الملكية .

أما الخلاف في النماء فهو مبني على استقرار الملكية ، فمن قال إن الملكية تستقر بالابتداء من وقت الوفاة قال إن زيادة الموصى به المتولدة والغلات والزيادة المتصلة التي تعتبر نماء ، أو التي يكون منشؤها غلاء الأسعار تعتبر ملكا للموصى له إن حدثت بعد الوفاة ، فكل زيادة بعد الوفاة تعتبر ملكا للموصى له ، إن كان معينا ، ويخرج من الثلث وقت الوفاة ، وملكيته على أنها نماء ملكه لا من الوصية .

ومن قالوا إن الملكية تثبت مستقرة من وقت القبول ، لا من وقت الوفاة ، قد قرروا أن نماء العين وزيادتها المتولدة وغلاتها ونماءها يكون كله للموصى له من وقت القبول ، على أنها نماء ملكه .

ومن قال إن الملكية لا تستقر إلا بالقسمة والقبض أى وقت تنفيذ الوصية قرروا أن الزيادة في العين تكون ملكا للموصى له من ذلك الوقت .

ولقد قرر الحنفية أن الزيادة تعتبر ملكا للموصى له على أنها نماء ملكه من وقت القبض ، أما من وقت الوفاة إلى القبض ، فإنها تعتبر ملكه على أنها وصية ، أى أن قيمتها تقدر في تقدير الثلث ، وتثبت الملكية على أنها من توابع العين وتوابع الموصى به تدخل في الوصية من غير نص عليها ، ولكنها تقدر في الثلث .

والفرق بين ذلك الرأي والرأى الأول أن الرأى الأول لا يدخل تقديرها في الثلث ، بل الذى يقدر في الثلث هو العين نفسها ، أما الزيادة فهي نماء ملكه لا تدخل فيه ، إذ العين قد خرجت من التركة بثبوت الملكية مستقرة من وقت

الوفاة، أما رأى الأخير ، فإنه يثبت الملكية في الزيادة على أنها تابعة ، أى في ضمن الموصى به ، فتكون مقدرة من الثلث .

٢٠٦ — هذا هو فقه الموضوع ، ولنتقل إلى حكم القانون في وقت تقدير الثلث بالنسبة للموصى له المدين من التركة ، أهو وقت الموت ، أم وقت القسمة ؟ لم يصرح القانون بحكم ذلك ، ولكن يمكن استنباط حكمه من ثانياً نصوصه ، وإن لم يصرح ، وهو استنباط توافرت مقدماته ، فكان الإنتاج فيها قطعياً ، أو قريباً منه .

لقد ذكر القانون في المادة الخامسة والعشرين أن الموصى له إذا كان موجوداً وقت الوفاة استحق الموصى به من حين الموت ، وأن زوائد الموصى به المدين من حين الملك أى من وقت الموت إلى القبول — للموصى له ، ولا تعتبر وصية ، وأن على الموصى له نفقة الموصى به في تلك المدة .

ولقد قررنا أن الذين يقولون إن الملكية تثبت مستقرة من وقت الوفاة ، وأن الزوائد تكون في ملك الموصى له على أنها نما ملك لا وصية هم الذين يقررون أن الثلث يقدر وقت الوفاة ، لا وقت التسليم .

وأن المنطق يقتضى أن نقرر ذلك ، لأنه إذا كانت الزيادة تكون من وقت الوفاة بحكم أنها نماء الملك ، لا بحكم أنها من الوصية كما يقول الحنفية ، فمعنى ذلك أن تلك الزوائد لا تدخل في تقدير الثلث ، بل تكون الزيادة من حسابه ، وعلى ذلك يكون التقدير للثلث من قبل ذلك ، أى من وقت الوفاة .

لهذا نقرر أن القانون يعتبر تقدير الثلث بالنسبة للموصى به المدين أو المثلثات المرسله هو وقت الوفاة ، لا وقت القسمة ؛ لأنه قرر أن النماء للموصى له .

التركة إذا كان بعضها ديناً أو مالا غائباً

٢٠٧ — إذا كانت التركة بعضها حاضراً وبعضها غائب ، أو بعضها عين ، وبعضها دين ، أو اجتمعت العناصر الثلاثة فكان فيها مال حاضر ، ومال غائب ، ودين ، فإنه في هذه الحال لا تنفذ الوصية في كل التركة دفعة واحدة ، بل يتسدى تنفيذها من

الحاضر ، لأن الغائب على خطر الهلاك ، والدين على خطر التوى ، ومن العدل أن يحتاط لحق الورثة في الثلثين فيحفظ أولاً من الحاضر ، حق إذا صار الغائب حاضراً ، وصار الدين عيناً ، كمل ما عساه يكون قد نقص من الموصى له عند تنفيذ الوصية من الحاضر فقط ، ولذلك قرر القانون ذلك الاحتياط للورثة ، فاعتبر تقدير الوصية من ثلث المال الحاضر ، فإن كانت تخرج من ثلث الحاضر نفذت كاملة ، وإن كانت لا تخرج من ثلثه فإنه لا ينفذ إلا ثلث المال الحاضر ، بالاتفاق ، وفي كل الأحوال ، ولكن هناك اختلاف في الآراء ، واختلاف في الأحوال في طريقة التنفيذ .

والأحوال أربع ، وإنا إذا كرون كل حال ، وحكمها ، ومصدرها الفقهي فيما يلي :

الحال الأول — أن يوصى بسهم شائع من كل ماله ، كثلثه^(١) أو رבעه . وفي التركة مال غائب أو دين على أجنبي ، فإنه يأخذ سهمه من الحاضر ، وكلما استوفى جزء من الدين استحق سهمه فيه ، وكذلك كلما حضر جزء من المال الغائب استحق سهمه فيه أيضاً ، فإذا أوصى الشخص بربع ماله ، وكان حاضره ألفاً ، وأربعمائة دين ، فإنه يستحق ربع الألف ، وكلما استوفى من الدين مقدار استحق رבעه ، وهكذا ، وذلك لأنه بالوصية له بربع ماله صار شريكاً للورثة في الربع ، في الحاضر والغائب ، والدين والعين ، والشريك تكون حصته شائعة في كل أنواع المال ، فهو شريكهم بالربع في المال الحاضر ، وشريكهم به في الدين ، ويكون ماله من الحقوق في العين والدين مثل ما لهم ، ونصيبهم فيهما مختلف باختلاف حاله ، فيكون مثلهم يأخذ ربع الموجود ، ثم ربع ما يستوفى .

وهذا حكم متفق عليه في المذاهب الأربعة ، لم يختلفوا فيه ، وهو مقتضى المنطق ، ومقتضى المساواة في الشركة .

(١) بينت حكم هذه الحال المادة ٤٤ وهذا نصها : « إذا كانت الوصية بسهم في التركة ، وكان فيها دين أو مال غائب استحق الموصى له سهمه في الحاضر منها ، وكلما حضر شيء استحق سهمه فيه » .

٢٠٨ — الحال الثانية — أن يوصى بقود مرسل غير معينة ، كألف جنيه ، وكانت التركة فيها ديون على أجنبي أو أموال غائبة ، فإن كانت الألف تخرج من ثلث الحاضر أخذها نقداً ، وإن كانت موجودة نقداً ، وإن لم تكن موجودة بيع من أعيان التركة ما يكفي الوصية ، وإن كانت لا تخرج من ثلث المال الحاضر ، أعطى ثلث الحاضر ، وكلما استوفى من الدين مقدار استحق الموصى له ثلثه ، حتى يتم استيفاء الألف كاملة ، وهكذا .

وذلك لأن الموصى له بمال مرسل لا يعد شريكا للورثة في كل التركة ، بل له قدر معلوم ، والوصية مقدمة على الميراث فيقدم الموصى به على الميراث ، ولكن لوحظ ألا ينفذ إلا في ثلث الحاضر احتياطاً لحق الورثة ، لأن الغائب على خطر الهلاك ، والديون على خطر النوى ، فنفذ فقط في ثلث الحاضر ، فإن خرج منه نفذ ، وإن لم يخرج منه بقي الزائد .

وهذا مذهب أبي حنيفة أيضاً ، والفرق بين هذه الصورة ، وسابقتها أن سابقتها كانت الوصية فيها بسهم شائع في التركة عينا ودينا ، حاضرها وغائبا ، فكان شريكا للورثة لا محالة في الحاضر والغائب ، أما في هذه الصورة ، فالوصية لا توجب الشركة ، والوصية مقدمة في تنفيذها على الميراث ، فيبدأ في تنفيذها ، ملاحظاً ألا تزيد على ثلث المال الحاضر ، فإن زادت نفذت في ثلثه ، ثم ما يحىء يؤخذ ثلثه حتى تتم الألف .

٢٠٩ — الحال الثالثة^(١) — أن تكون الوصية بعين معينة ، أو بنقود معينة بالتعيين كالودائع ، وهناك ديون على أجنبي أو أموال غائبة ، فإنه إذا كانت العين تخرج من ثلث المال الحاضر ، استحقها الموصى له ، وإذا كانت لا تخرج من ثلث المال الحاضر ، فإن الموصى له يستحق من العين ما يساوى

(١) بينت حكم هذه الحال . وحكم سابقتها المادة ٤٣ وهذا نصها :

« إذا كانت الوصية بقدر محدود من النقود ، أو بعين ، وكان في التركة دين أو مال غائب ، فإن خرج الموصى به من ثلث الحاضر من التركة استحق الموصى له ، وإلا استحق منه بقدر هذا الثلث ، وكان الباقي للورثة ، وكلما حضر شيء استحق الموصى له ثلثه ، حتى يستوفى حقه » .

الثالث ، والباقي من العين يكون ملكا للورثة ، فإذا حضر بعد ذلك المال الغائب ، أو استوفى بعض الدين استحق منه ثلثه ، حتى يأخذ كل الباقي من الوصية ، وفي هذه الحال يأخذ بعض الموصى به بعينه ، وبعضه بقيمته ، ولنضرب بذلك مثلاً مبيتاً ، إذا أوصى بدار من تركته لشخص ، وفي تركته أموال غائبة أو ديون ، فإن كانت الدار تخرج من ثلث الحاضر نفذت الوصية فيها ، وإن كانت لا تخرج من ثلث الغائب نفذ من الوصية ما يعادل ثلث الحاضر ، فإذا كان ثلث الحاضر يساوي ثلاثة أرباع الدار استحق ذلك القدر ، والرابع الباقي منها يأخذه الورثة ، ويكون له قيمته ، يأخذها من المال الغائب عند حضوره ، أو من الدين عند استيفائه ، فكلما حضر قدر أخذ ثلثه ، حتى تتم قيمة الربع الذي أخذه الورثة .

هذا حكم القانون ، وقد جعل الوصية بالعين كالوصية بالنقد والمرسلة ، فالموصى له يستحق ثلث الموجود ، ويأخذ الورثة ثلثي الموجود ، وفيه الباقي من العين .

والأساس الذي قام عليه القانون في ذلك أن القسمة تجري كاملة في المال الحاضر ، ثم تجري القسمة بعد ذلك في كل جزء من المال يجرى بعد ذلك ، وقد اقتضت القسمة الكاملة للمال الحاضر ألا يأخذ الموصى له من العين الموصى بها . إلا ما يساوي ثلث التركة الحاضرة ، ثم يأخذ الباقي الورثة ، وفيها بقية العين الموصى بها .

وهذا الرأي مخالف لمذهب أبي حنيفة ، والقانون أخذ من رأى الباجي من فقهاء المالكية .

ولنوازن بين هذا الرأي ومذهب الحنفية : إن مذهب الحنفية يجعل الوصية بالعين لا تنفذ إلا في العين ، فإن كانت تخرج من ثلث الحاضر استحقها الموصى له كاملة ، وإن كانت لا تخرج استحق ما يساوي الثلث ، والباقي منها يستمر موقوفاً ، فإن جاء قدر من المال الغائب أو الدين استحق من باقي العين ما يساوي ثلث المال الذي حضر ، والدين الذي استوفى ، حتى تستوفي العين كاملة ، فإن انتهى الأمر بالألا يستوفى من الدين شيء ، أو لا يحضر من المال الغائب شيء ، كان باقي العين للورثة .

ومزايا المذهب الحنفى أنه يحقق إرادة الموصى تحقيقاً كاملاً ، فإن الوصية لا تنفذ إلا بما يعينه للوصية . ولكنه يؤخر القسمة ، ولا يجعل حقوق الورثة والموصى له ثابتة مستقرة ، بل يجعل جزءاً من المال متردداً موقوفاً ، وقد يستمر استيفاء الدين سنين ، فتكون الحال مضطربة طوال مدة الاستيفاء .

ومزايا ما أخذ به القانون أن تقسم الأعيان الحاضرة ، فيعرف كل ذى حق حقه فيها مستقراً ثابتاً غير مضطرب ، ولكنه لا ينفذ إرادة الموصى كاملة ؛ إذا ينفذ بعض الوصية في غير ماعينه الموصى ، ولكن بقيمته ، ولكل وجهة ، ووجهة القانون عملية تسهل الانتفاع ، وتقرر الأمور وتثبتها ، ولقد نفذت إرادة الموصى في القيمة ، وبذلك تحقق غرضه في الجملة .

٢١٠ - الحال الرابعة - أن يوصى بسهم شائع في نوع من ماله ^(١) ، كأن يوصى بنصف أطيانه ، وكان له وقت الوفاة تسعون فدانا وديون تساوى قيمتها فإنه في هذه الحال إن كان الموصى به يخرج من ثلث الحاضر من التركة استحقه وإن كان لا يخرج من ثلث الحاضر من التركة ، فإنه يأخذ الثلث ، ففي المثال السابق يأخذ الثلث ، وقدره ثلاثون فدانا ، وما بقى يأخذه الورثة ، ولكن أخذهم للباقي قابل للقبض في بعضه ، فإذا استوفى جزء من الدين أخذ من باقى الأطيان ما يساوى الدين الذى استوفى ، حتى يتم القدر الموصى به .

وترى من هذا أن الورثة قد أخذوا ثلثى الأطيان ، ثم ردوا بعضها ، ولهم

(١) قد بينت أحكام هذه الحال المادة ٤٠٤ من القانون ، وهذا نصها : « إذا كانت الوصية بسهم شائع في نوع من التركة ، وكان فيها دين أو مال غائب استحق الموصى له سهمه في الحاضر من هذا النوع ، إن كان هذا السهم يخرج من ثلث الحاضر من التركة ، والا استحق الموصى له من سهمه بقدر هذا الثلث ، ويكون الباقي للورثة ، وكلما حضر شيء استحق الموصى له بقدر ثلثه من النوع الموصى بسهم فيه ، على ألا يضر ذلك بالورثة ، فإن كان بضر بهم أخذ الموصى له قيمة ما بقى من سهمه في النوع الموصى به من ثلث ما يحضر ، حتى يستوفى حقه » .

أن يتصرفوا فيما امتلكوا تصرف الملاك ، فلمهم أن يبنوا فيه ، وأن يغرسوا ، وأن يتصرفوا فيه كل التصرفات السائغة الجائزة ، ولذلك قد يحصل ضرر إن استرد الموصى له بعض ما في أيديهم ، وقد قدر القانون هذه الحال ، وفرضها ، ووضع حكماً لها ، فجعل للورثة إن تضرروا من أخذ الموصى بقية حصته من النوع الذى أوصى له ببعضه الحق فى أن يعطوه قيمة الباقي ، ومثال ذلك أن يوصى لشخص بنصف أرضه الزراعية من تركته ، وهى كل ماله الحاضر ، فإنه لا يستحق إلا الثلث ، ويأخذ الباقي من النصف إذا حضر جزء من المال الغائب ، أو استوفى بعض الدين ، ولكن الورثة أخذوا الثلثين ، وبنوا فيهما ، وفى هذه الحال يتضررون بهدم البناء ، ولذلك أجاز لهم فى حال الضرر هذه أن يعطوه قيمة ما بقى من سهمه فى النوع الموصى بسهم فيه ويجبر على القبول .

والقانون فى هذه الحال أخذ بمذهب أحمد بن حنبل ، وقاعدة نفي الضرر من مذهب الحنفية ، وهى مقررة فى كل الفقه الإسلامى ، لا عند الحنفية وحدهم . ولنا أن نلاحظ أن القانون قد خالف ما قرره فى الوصية بعين من التركة ، إذ جعل للموصى له قيمة الباقي إذا كانت العين لا تخرج من ثلث الحاضر ، فيعطى له ما يساوى الثلث ، والباقي يكون للورثة ، ويكون له مما يستوفى من الدين ، وما يحضر من المال الغائب ما يكمل قيمة الدار ، يستوفيه من ثلث الغائب والدين شيئاً فشيئاً .

بينما قرر هنا أن الوصية تنفذ دائماً من النوع الذى أوصى بسهم فيه ، إلا إذا تضرر الورثة ، فانهم يعطون الموصى له قيمة ما بقى من نصيبه عند استيفاء الديون . وكان المنطق يوجب التسوية بين الوصية بمعين ، والوصية بسهم فى نوع من المال ، وكان ينبغى أن يكون الحكم فى هذه الحال كالحكم فى الوصية بالعين ؛ وذلك لى تم القسمة ، وتستقر الحقوق ، ولا تضطرب ، أما أن يقسم النوع المعين ثم تنقض القسمة إذا لم يكن ضرر بالورثة ، ولا تنقض إذا كان هناك ضرر بالورثة ، فهذا لا يجعل الحقوق متقررة ثابتة ، ولا يجعل القانون سائراً على منطق فقهى متحد .

٢١١ — هذه الأحكام كلها إذا كان الدين على أجنبي ، أما إذا كان الدين على بعض الورثة ، فلذلك أحكام خاصة به ، وقبل أن نتجه إلى بيانها ننبه إلى أربعة أمور :

أولها — أن الأحكام السابقة تنفذ كلها في أحوالها ، إذا لم يكن ثمة اتفاق بين الموصى له والورثة ، فإن اتفقوا على شيء فيما بينهم ، فالاتفاق هو الحكم بينهم ، إذ الاتفاق دائماً هو مفصل الحقوق ، وشريعة المتفقين مالم يحرم حلالاً ، أو يحلل حراماً ، وليس في الصلح بين الموصى له والورثة على أمر من الأمور تحليل أو تحريم .

ثانيها — أن المراد من المال الحاضر ما كان تحت تصرف الموصى له أو الورثة ، كالودائع في المصارف ، والمال في أيدي الوكلاء ، والعقارات التي في أيدي الورثة ، وغير ذلك ، والمراد بالمال الغائب ما كان خارجاً عن تصرف الورثة والموصى له أو كان مخوفاً عليه ، كال في سفينة ، أو في برية ، أو كان في يد غاصب ، ولا حجة لاثباته ، أو هناك حجة لاثباته ولا قدرة تحمله على التسليم قبل استهلاكه أو هلاكه .

ثالثها — أن القانون لم يبين وقت اعتبار المال غائباً ، أعتبر الغيبة وقت الوفاة فقط ، أم تعتبر الغيبة ، ولو كانت بعد الوفاة إلى وقت القسمة ، فإذا كان المال وقت الوفاة حاضراً ثم غاب بأن غصبه غاصب أيعد غائباً .

ولم تبين المذكرة التفسيرية أيضاً ، نعم إنها بينت الدين ، فقالت : المراد بالدين مالم يستوف إلى وقت القسمة ، وما كان ذلك في حاجة إلى ذكر ، لأن الدين لا بد أن يكون وقت الوفاة بالبداية ، ويستمر ديناً مالم يستوف إلى وقت القسمة ، فإن استوفى قبلها كان من غير المعقول أن تسميه ديناً ، ويكون من لغو القول التنبيه إلى ذلك .

ولكن الغياب ، وهو الذي يتصور أن يحصل بعد الوفاة في الفترة التي بين الوفاة والقسمة هو الذي كان ينبغي تفسيره ، وإن رأى الحنابلة أن الاعتبار للغياب

هو الغياب وقت الوفاة ، وبعد ذلك لا يتأثر به نصيب الموصى له إذا كانت الوصية بعين أو بسهم منها أو بوصية مرسله بقدر من النقود ، أما الوصية بسهم شائع في التركة ، فإن التركة تكون شركة بين الموصى له والورثة ، فالغياب يكون عليهما . وإن رأى الحنفية أن العبرة بالحاضر والغائب هو ما يكون غائباً أو حاضراً عند تقسيم التركة ؛ لأن التركة قبل التقسيم على حكم ملك الميت ، فالزيادة والنقص فيها على الجميع إلى وقت القسمة .

وإن الذى نراه يتفق مع جملة أحكام القانون هو رأى الحنابلة ؛ وذلك لأن القانون حكم بملكية الموصى له للموصى به من وقت الوفاة إذا قبل ، وأن تمام العين الموصى بها يكون للموصى له ، وأن نفقاتها تكون عليه ، وإذا كان الأمر كذلك فملكه تثبت في العين ، واستحقاقه للنقود المرسله يكون من وقت الوفاة ، فلا تتأثر حقوقه بغياب بعض التركة بعد ذلك ، لأن الثابت لا يزول ، إلا إذا كان السبب الذى قام عليه الحق قد ثبت أنه غير قائم ، ولم يتبين ذلك ، وليس من ذلك غياب بعض التركة .

أما إذا كانت الوصية بسهم شائع من التركة كلها . فإن الشركة قائمة ما لم تحصل قسمة ، فالغياب يكون على الفريقين بمقتضى هذه الشركة الثابتة .

الأمر الرابع : أن القانون لم يذكر في هذا المقام الوقت الذى تقوم فيه التركة ليتبين ثلث الحاضر أو وقت الوفاة ، أم وقت القسمة ، ولقد انتهينا إلى أن القانون يعتبر في جملة أحكامه وقت الوفاة هو وقت تقدير التركة ، كما بينا ذلك عند الكلام في مقدار الوصية ، فيعتبر ذلك إلا إذا كانت الوصية بسهم شائع لا بنقود مرسله ولا بمعين .

٢١٢ — وإذا كان على بعض الورثة^(١) دين أيعتبر هذا الدين كالدين على

(١) قد بينت حكم الوصية إذا كان على بعض الورثة دين في المادة ٤٦ وهذا نصها : « [في جميع الأحوال المبينة في المواد السابقة إذا اشتملت التركة على دين مستحق الأداء على أحد الورثة وكان هذا الدين من جنس الحاضر من التركة كلها أو بعضها ، وقعت المقاصة =

أجنبي ، فيعتبر مالا غائباً ، ولا يعطى الموصى له إلا ثلث الحاضر ، سواء أ كان الموصى به عيناً أم مثلياً مرسلأ ، أم سهمأ شائعاً في نوع من التركة ، أم سهمأ شائعاً في التركة كلها ، أم يعتبر كالمال الحاضر ، فيعطى الموصى له الموصى به ما دام يخرج من ثلث التركة كلها من غير نظر إلى كون بعض التركة ديناً ؟ لذلك أحوال ثلاث :

الحال الأول — أن يكون الدين غير مستحق الأداء وقت الوفاة ، وكانت القسمة قبل حلول أجل الأداء ، فإنه في هذه الحال يعتبر كالدين على أجنبي ، ولا يأخذ الموصى له إلا ما يعادل المال الحاضر ، حتى يحل أجل الأداء ، فإنه يكمل له مقدار الوصية ، وذلك لأن الدين إذا كان مؤجلاً فهو غير مستحق الأداء في الحال ، وإذا كان غير مستحق الأداء في الحال ، فلا يمكن استيفاءه جبراً من نصيبه في التركة ، لأن الإيجابار عند حلول أجل الوفاء ، والامتناع عن الوفاء ، إذ المطلب في هذه الحال يكون ظلماً ، فيستوفى الدين ببيع ماله ، وذلك من نصيبه في التركة ، إن كان فيه سعة ، وإلا فنه ومن غيره .

الحال الثانية — أن يكون الدين قد حل أداءه عند الوفاة أو عند القسمة ، وكان أقل من نصيب الوارث المدين أو مساوياً ، ففي هذه الحال يعتبر الدين بالنسبة للموصى له مالا حاضراً ، لا ديناً ؛ وعلى ذلك يأخذ الموصى له وصيته كاملة مادامت في أصلها تخرج من الثلث ، فإن كانت مرسلة استوفاهها كاملة ، وإن كانت عيناً تسلمها غير منقوصة ، وإن كانت بسهم من عين أو نوع أو كل التركة استحقه من غير نقص منه ، لأن التركة كلها معتبرة حاضرة ، لأن في نصيب

== فيه بقدر نصيب الوارث فيما هو من جنسه ، واعتبر بذلك مالا حاضراً ، وإذا كان الدين المستحق الأداء على الوارث من غير جنس الحاضر ، فلا تقع المقاصة ، ويعتبر هذا الدين مالا حاضراً إن كان مساوياً لنصيب الوارث في الحاضر من التركة أو أقل ، فإن كان أكثر اعتبر ما يساوى هذا النصيب مالا حاضراً ، وفي هذه الحالة لا يستولى الوارث على نصيبه في المال الحاضر ، إلا إذا أدى ما عليه من الدين ، فإن لم يؤده باعه القاضى ، ووفى الدين من ثمنه .

وتعتبر أنواع النقد وأوراقه جنساً واحداً .

الوارث المدين وفاء بالدين ، فلا يخشى عليه التوى ، فإن أدى الدين تسلم نصيبه ، وإن لم يؤده بيع ووفى الدين المستحق للتركة من ثمنه ، وحق باقى الورثة والموصى له إن كانت الوصية بسهم شائع فى التركة قد تعلق بنصيب الوارث المدين ، كتعلق حق المرتهن بالعين المرهونة ، فإن كان هناك موصى له بثلك التركة ، وللموصى ابنان أحدهما مدين بتسعمائة جنيه والتركة ١٢٠ فدان ، وهذا الدين ، فالموصى له يستحق ثلثها ، وكل واحد من الابنين الثلث ، فيأخذ الموصى له حصته من الأقطان (٤٠ ف) فداناً ، والابن غير المدين حصته (٤٠ ف) أيضاً ، والأربعون الثالثة تكون تحت أيديهما كالرهن للوفاء بحصتهما من الدين ، وهى (٣٠٠ جنيه) لكل واحد منهما ، فإن وفاها تسلم أطيانه ، وإلا بيع منها بأمر القاضى ما يوفى بحصتهما من الدين أو يأخذ الباقى .

وتعتبر التركة كلها كما قلنا مالا حاضراً بما فيها الدين لضمان استيفائه بالنصيب من الميراث ، سواء أكانت التركة كلها أو بعضها من جنس الدين أم لم يكن شىء منها من جنس الدين .

غير إنه إن كان بعضها من جنس الدين سقط من الدين ما يعادل حصة الوارث فى جنسه ، فإذا كانت التركة ١٢٠ (فدان) و ٦٠٠ جنيه ، والدين ٩٠٠ وكان الموصى له بالثلث مع ابنين ، أحدهما المدين كما ذكرنا ، فإنه يسقط من الدين مائتا جنيه هى حصة المدين وتحتسب المائتان من حصة الموصى له والوارث غير المدين فى الدين ، أى أنه يكون لكل واحد منهما عليه بعد ذلك مائتان ، ويكون نصيبه فى الأقطان ضمناً لأدائها ، وهكذا . .

الحال الثالثة — أن يكون الدين قد حل أدائه ، ونصيب الوارث لا ينفى به ، وفى هذه الحال يعتبر الزائد عن النصيب كالدين على أجنبى ، أى يعتبر مالا غائباً ، والذي يقابل مقدار نصيبه يعد مالا حاضراً ، فيأخذ الموصى له من الوصية ثلث المال الحاضر كله ، وإن بقى له شىء يأخذ ثلث ما يستوفى من القدر الزائد من

الدين ، حتى تتم الوصية ، هذا وقد نبه القانون إلى أن النقود والأوراق النقدية تعتبر كلها جنساً واحداً .

وهذه الأحكام مأخوذة كلها من مذهب أبي حنيفة ، وهي بالتفصيل في المبسوط^(١) فارجع إليه .

ولأنه من المفيد أن ننقل هنا ما جاء بالمذكورة التفسيرية في تنفيذ الوصية إذا كان في التركة دين أو مال غائب وهذا نصها :

لم تستوف المادة ٥٥٢ من الأصل (أى كتاب الأحوال الشخصية للرحوم قدرى باشا ، إذا كان في التركة دين أو مال غائب ، ولما كانت الحاجة ماسة إلى استيفاء الأحكام على وجه شامل ، وضعت المواد ٤٣ ، ٤٤ ، ٤٥ ، ٤٦ ، لبيان هذه الأحكام والمواد .

١ — والمراد بالنقود المرسلة النقود التي لم تعين بالذات ، ولم تكن من نوع معين من ماله كالوصية بألف جنيه (٢) والمراد بالدين كل ما لم يستوف إلى وقت القسمة ، أما ما استوفى بعد الموت وقبل القسمة فهو مال حاضر ، (٣) وبالعين ما يشمل النقود المعينة كالوصية بوديعة بعينها ، وعروض التجارة ، كالوصية بما في خانوتي الفلاني ، وكل معين آخر عقاراً كان أو منقولاً (٤) وبالمال الغائب ما كان خارجاً عن تصرف الموصى والورثة ، أو كان مخوفاً عليه كالمال المنصوب ، أو المودع في مصرف في بلد معاد لبلد الموصى .

١ — وإذا كان في التركة دين على أجنبي أو مال غائب (١) فإن كانت الوصية بنقود مرسلة ، وكانت تخرج من ثلث الحاضر من التركة استحق الموصى له كل وصيته نقداً ، إن كان في الحاضر نقود تفي بها ، وإلا يبيع له منها بقدر ما يفي بها ، وإن كانت لا تخرج من ثلث الحاضر استحق منها نقداً بقدر ثلث الحاضر ، وكلما حضر شيء من الدين أو المال الغائب أخذ منه بقدر ثلثه نقداً ، حتى يستوفي

(١) المبسوط ج ٢٨ ص ١٤٤ .

وصيته ، وفي جميع الأحوال يجوز للموصى له أن يأخذ من أعيان التركة ما تساوى قيمته الوصية بالاتفاق مع من الورثة .

٢ — وإن كانت الوصية بمعين ، وكان يخرج من ثلث الحاضر من التركة استحق الموصى له كله ، وإن كان لا يخرج من ثلث الحاضر من التركة ، واستحق منه بقدر ثلث الحاضر من التركة والباقي للورثة ، وكلما حضر شيء من الدين أو المال الغائب استحق منه ثلثه ، حتى يستوفي وصيته (مادة ٤٣) .

والأحكام في هذه المادة من مذهب الحنفية ، إلا في حالة الموصى به المعين فإن الحكم فيه يؤخذ مما ذكره الباجي في مذهب المالكية .

٣ — وإن كانت الوصية بسهم شائع في التركة كالوصية بربع ماله استحق الموصى له سهمه فيها ، سواء أ كانت كلها حاضرة أم غائبة أم بعضها حاضر وبعضها غائب ، فهو شريك الورثة بسهمه في الحاضر والغائب أخذاً من مذهب الحنفية (مادة ٤٤) .

٤ — وإن كانت الوصية بسهم شائع في نوع من المال كالوصية بربع أطيانه أو منازل التي بالجهة الفلانية أو بربع أمواله في التجارة أو ديونه التي على التجار أو غير ذلك ، فإذا كان هذا النوع كله حاضراً أخذ الموصى له سهمه فيه ، وإن كان غائباً أو ديناً ، أخذ سهمه مما يحضر منه ، وإن كان بعضه حاضراً وبعضه غائباً أو ديناً أخذ سهمه في الحاضر ، وكلما حضر شيء من الغائب أو الدين أخذ سهمه فيه ولكنه في جميع هذه الصور لا يستحق شيئاً مما ذكر إلا إذا كان يخرج من ثلث الحاضر من التركة ، وإلا أخذ بقدر الثلث فقط ، وكلما حضر شيء منها أخذ بقدر ثلثه من النوع الموصى له فيه بقدر ثلث ما يحضر من التركة ، حتى يستوفي سهمه منه (أخذ من مذهب الحنابلة) .

وإذا كان الباقي من النوع قد قسم على الورثة وكان في رد بعضه للموصى له ضرر لهم بأن كانوا قد تصرفوا فيه أو أحدثوا فيه تحسيناً أو زيادة فانه لا يرد منه شيء ويستوفي الموصى له باقي وصيته مما يحضر من دين التركة أو الغائب منها

أخذاً من مذهب الحنفية والقاعدة التي ذكروها ، الضرر يزال ، (مادة ٤٥) .

(ب) وإذا كان في التركة دين على وارث .

١ — فان كان مؤجلاً كان حكمه حكم الدين الذي على الأجنبي في جميع الأحوال المارة .

٢ — وإن كان حالاً ، وكان من جنس الحاضر من التركة أو بعضها ففي جميع الأحوال المارة أيضاً تقع المقاصة في الدين بقدر سهام المدين ، ويعتبر ما يقابل سهامه من الدين مالا حاضراً ، وطريقة الحساب في هذا نصحح الفريضة على وجه تخرج منه الوصية وسهام التركة ، ثم نسقط سهام الوارث المدين ، ونقسم ما كان من جنس الدين في التركة على سهام الموصى له ، والوارث غير المدين والمدين يستوفي سهامه مما عليه من الدين إن كان دينه مثل سهامه أو أكثر ، ويعتبر ما استوفاه مالا حاضراً ، وإن كان دينه أقل اعتبر مالا حاضراً يضم على جنسه في التركة وتستخرج الوصية على حسابه .

١ — مثال الوصية بالدراهم المرسلة .

إذا أوصى بمائة وخلف ابنين أحدهما مدين بمائة وترك مائتين نقداً كانت الفريضة من ثلاثة ، لأن الوصية بالدراهم المرسلة تنفذ من الثلث مقدماً على حق الوارث ، وفريضة الثلث ثلاثة ، فيكون للموصى له سهم ، ولكل ابن سهم ، والابن المدين مستوف حقه مما عليه فلا يزاحم الموصى له والابن الآخر فيسقط سهمه ويقسم النقد بين الموصى له والابن الآخر على سهمين فيكون للموصى له مائة هي تمام وصيته ، وللابن غير المدين مائة ، وإذا أخذ مائة تبين أن الابن المدين مستوف مثل ذلك ، لأن حق الاثنين في التركة سواء ، فتكون التركة حينئذ ثلثمائة كلها مال حاضراً ، ولو كان الدين أكثر من مائة فالحكم لا يتغير في اعتبار الثلثمائة تركة حاضرة ، ولكن كلما استخلص شيء من الابن المدين أخذه الابن الثاني مما له حتى يستوفي حقه .

ولو كان الدين أقل من مائة اعتبر مالا حاضراً ، وأخذ الموصى له وصيته على

وفقه ، والباقي يكون بين الابنين مع المقاصة فيها عند الدين وإن كانت الوصية بأقل من مائة أخذها الموصى له من سهم الثلث والباقي من النقد مع الدين تركه بين الابنين مع المقاصة في الدين :

٢ — مثال الوصية بسهم شائع .

وإذا أوصى بربع تركه وخلف ابنين أحدهما مدين بمائة وخلف نقداً فالفریضة من ثمانية ، للوصى له سهمان ، ولكل ابن ثلاثة أسهم ، تسقط سهام الابن المدين ، ويقسم النقد على خمسة أسهم للوصى له أربعون ، وللان غير المدين ستون وإذا أخذ ستين تبين أن المدين صار مستوفياً مثلها ، فتكون التركة الحاضرة مائة وستين ، نفذت الوصية في ربعها إلى أن يتيسر باقي الدين فيمسك المدين تمام حقه وهو خمسة وسبعون ويؤدى خمسة وعشرين للوصى له والابن غير المدين تقسم بينهما بنسبة سهامها ، وبذلك يكمل للوصى له خمسون تمام وصيته وللان خمسة وسبعون تمام حقه ، وباقي الأمثلة يمكن تخريجها قياساً على ما سبق .

٣ — ومثال الوصية بسهم شائع في نوع التركة :

ترك مائة نقداً وعقاراً قيمته مائة ، ومائة على أحد الابنين وأوصى لآخر بثلاثة أرباع النقد ، فالوصية هنا لا تخرج من ثلث الحاضر من التركة ، وتصحح المسألة من ثلاثة ، للوصى له سهم ، ولكل ابن سهم ، والمائة النقد بين الموصى له والابن غير المدين ، للوصى له منها ستة وستون وثلثان ، وهو ثلث التركة الحاضرة من العقار والنقد ، وللان غير المدين ثلاثة وثلثون وثلث وبهذا يتبين أن المدين استوفى مثل ذلك لعدم التفاضل بين الابنين ، وما جعل مستوفياً له يعتبر تركه حاضرة ، فتصير به التركة الحاضرة مائتين وثلاثة وثلثين وثنياً ، للوصى له خمسة وسبعون كمال وصيته لأنها تخرج من ثلث الحاضر ، وللان غير المدين خمسة وعشرون ونصف العقار ، ويمسك النصف الآخر وهو حصة المدين ، حتى يؤدى ما عليه له في الدين ، وهو سبعة وثلثون ونصف .

٤ — وإن كان الدين الحال على الوارث من غير جنس الحاضر من التركة

يقسم الحاضر من التركة على سهام الموصى له وجميع الورثة بعد تصحيح المسألة ويعتبر الدين مالا حاضراً ، إن كان قدر حصة المدين أو أقل ، وإن كان أكثر كان الزائد كالدين على الأجنبي ، وتكون الوصية على حساب الحاضر من التركة والدين ، ولا تسلم حصة المدين في الحاضر ، حتى يؤدي قدرها من الدين ، فإن لم يؤدي باعها القاضى ، ووفى الدين منها ، فإذا خلف ابنين وله على أحدهما ألف ، وترك عقاراً قيمته ألفان ، وأوصى لشخص بثلث ماله كان العقار بين الموصى له والابن اثلاثاً ، ولكن نصيب الابن المدين يوقف في يد الموصى له والابن غير المدين ، بمنزلة المرهون في يد المرتهن لما لهما عليه من الدين ، فإذا أدى إليهما ثلث ما عنده من الدين اقتسماه ، وسلم له ثلث العقار الموقوف ، وإلا رفع الأمر إلى القاضى ؛ لبيع حصته في العقار لإيفاء ما عليه من الدين (مادة ٤٦) وجميع الأحكام في هذه المادة مأخوذة من مذهب الحنفية .

تزام الوصايا

٢١٣ م — معنى التزام الوصايا أن تتعدد ، ولا يتسع الثالث لها كلها ، إن لم يحجز الورثة ، أو أجازوا وكانت التركة لا تنسع لها جميعها ، فعندئذ يكون التزام ؛ إذ لا يمكن تنفيذها كلها ، أما إذا كان الثالث يسعها ، أو كانت التركة تسعها ، وقد أجازها الورثة ، أو لم يكن ورثة قط ، فإن الوصايا كلها تنفذ أيضاً ولا التزام . والقاعدة أنه عند التزام يقدم حق أصحاب الوصية الواجبة ^(١) ، سواء أكان المتوفى قد أوصى لهم فعلاً بحقوقهم ، أم لم يوص واستحقوها بحكم القانون ، فإنهم يأخذونها ، فإذا كانت تساوى الثالث ، ولم يحجز الورثة سواء فإنهم يستبدون بالثالث ، وليس لأحد قبلهم شيء . وإن كانوا يأخذون أقل من الثالث ، فإنهم يأخذون حصتهم كاملة ، والباقي من الثالث يتزام فيه أصحاب الوصايا الاختيارية .

٢١٤ — وإذا كانت الوصايا كلها اختيارية ، فلذلك ثلاثة أحوال : الحال الأولى أن تكون الوصايا كلها للعباد ، وليس بعضها للقربات ، الثانية — أن تكون كلها للقربات — الثالثة — أن يكون بعضها للعباد ، وبعضها للقربات .

أما الحال الأولى ، وهي أن تكون كلها للعباد ، وليس بعضها للقربات ^(٢) ، والحكم في هذه الحال أن الورثة إذا لم يحجزوا ولم يسع الثالث جميع الوصايا قسم الثالث بين أصحاب الوصايا بالمحاصة ، فإذا كان أحدهم موصى له بالثالث ، والآخر بالربع ، والثالث بالسدس ، قسم الثالث بين هؤلاء بنسبة نصيب كل واحد منهم إلى الآخر ، والطريق لذلك أن نخرج المضاعف البسيط لمقام هذه الكسور ، فيكون ١٢ ، الثالث يساوى أربعة ، والربع ثلاثة ، والسدس اثنان فيقسم ثلث

(١) راجع المادة ٧٨ وقد شرحناها عند الكلام في الوصية الواجبة .

(٢) اشتملت على بيان هذا النوع من التزام المادة ٨٠ المادة ونصها : « إذا زادت الوصايا على ثلث التركة ، وأجازها الورثة ، وكانت التركة لا تقبض بالوصايا ، أو لم يحجزوها ، وكان الثلث لا يقبض بها قسمت التركة أو الثلث على حسب الأحوال بين الوصايا بالمحاصة ، وذلك مع مراعاة ألا يستوفى الموصى له بعين — نصبه إلا من هذه العين » .

التركة على تسعة يكون لصاحب الثلث أربعة منها ، ولصاحب الربع ثلاثة منها ، وللأخير اثنان منها .

وإن أجاز الورثة الوصايا كلها ، وضائق التركة عن تنفيذها ، فإن التركة تقسم أيضاً بنسب الوصايا ، فإن كان بعضهم قد أوصى له بنصف المال ، والآخر ب كله ، والثالث بثلاثة ، يقسم المال بنسبة واحد ، إلى نصف ، وثلاث ، فيخرج المضاعف المضاعف البسيط بين مقام النصف ، والثلاث . وهو ٦ يكون للنصف ٣ ، وللثلاث اثنان ، وللوصى له بالكل ستة كاملة ، فتقسم التركة على هذا المجموع ، $(٣ + ٢ + ٦)$ أى يقسم على أحد عشر ، يخص الموصى له بالكل ستة ، والموصى له بالنصف ثلاثة والموصى له بالثلث اثنان .

٢١٥ — هذه طريقة تقسيم الثلث عند التزامهم بالمحاصة ، وهى طريقة الصاحبين فى التقسيم ، سواء أكان التزامهم فى دائرة الثلث ، أم كان التزامهم فى التركة كلها .

أما رأى أبى حنيفة ، فهو أن التزامهم إن كان فى الثلث ، وكانت كل واحدة من الوصايا المتزاممة لا تزيد على الثلث ، فكما رأى الصاحبان ، وكذلك إذا كانت الوصايا معينة أو بنقود مرسله ، ولو زادت على الثلث كل واحدة بمفردها ، فإنه يضرب بحصته ، ولو كان أكثر من الثلث ، ففى هذه الصورة يتفق رأى أبى حنيفة ، ورأى الصاحبين أيضاً .

أما موضع الخلاف إذا كان التزامهم فى دائرة الثلث ، فهو ما إذا كانت لإحدى الوصايا بمفردها أكثر من الثلث ، وامتنع الورثة عن إجازة ما زاد عن الثلث ، ولم تكن بالنقود المرسله ، ولا وصية بشىء معين .

فى هذه الحال قال أبو حنيفة إن الوصية التى تزيد على الثلث تعتبر كأنها بالثلث فقط ، ويتزامم الجميع على هذا الأساس بحصصهم ، فإذا أوصى لشخص بنصف ، ولآخر بالثلث ، ولم يحجز الورثة اقتسما الثلث بينهما مناصفة ؛ لأن الوصية إن كانت أكثر من الثلث نقصت عند التزامهم فى الثلث إلى الثلث فقط ، فصار هناك

وصيتان كتابهما بالثلث تزاحمان فيه ، فيكون بينهما مناصفة .

وحجة أبي حنيفة في ذلك أن الوصية بما زاد على الثلث أبطلت في الزيادة بعدم الإجازة ، إذ لا يتصور نفاذها فتبطل ، والباطل لا يعتبر ، وإنما كان التفاوت في مقدار الوصايا معتبراً على أساس أن كل وصية لو كانت بمفردها لاستحقت جميعاً عن عدم الإجازة ، ولو كانت الوصية بمفردها ما استحق الزائد على النصف عند عدم الإجازة ، وإذا فعند عدم الإجازة تلغى الزيادة ، ولا يعتبر في التزام إلا الثلث ، ولا عبرة بالترتيب بين صاحب النصف والثلث ، لأن التفضيل مبني على أساس الاستحقاق الكامل عند الأفراد ولم يكن ، فيتزاحمان إذن على أساس الثلث ، دون سواه .

وحجة الصاحبين أن الوصايا يلاحظ عند تنفيذها أمران (أحدهما) حق الورثة في الثلثين (وثانيهما) مراعاة إرادة الموصى في تنفيذ وصاياه ، وفي التفاوت بين الموصى لهم بما رسم وبين ، فلما زادت الوصايا على الثلث ، تعذر تنفيذها جميعاً إذا لم يحجز الورثة ، فإن لم يحجزوا لا يمكن تنفيذ إرادة الموصى في تنفيذ مقادير الوصايا كلها ، لأن في ذلك إبطالا لحقوق الورثة ، ومن الواجب أن تنفذ إرادته التي يمكن تنفيذها ، وهي إرادة التفاوت بين الموصى لهم بنسبة الحصص التي بينها ، فكان توزيع الثلث بالحصص هو المتفق مع إرادة الموصى ، وهو العدل في ذاته ، وبذلك أخذ القانون كما ذكرنا .

٢١٦ — هذا إذا كان التزام في الثلث ، أما إذا أجاز الورثة ، وكان التزام في التركة كلها ، فقد علمت رأى الصاحبين ، وهو التقسيم بنسبة الحصص وقد بينا ذلك .

أما أبو حنيفة فقد ذكر الكرخي أنه لم يرو عنه رأى في ذلك ، وأن ما ينسب إليه من قول فيه إنما هو تخريج وقياس على المدون من أقواله في التزام في الثلث . وروى عن أبي يوسف ومحمد عنه ، أنهما نقلاه عنه أنه قال إذا أوصى لرجل بثلث ماله ، ولآخر بأكمله : الموصى له بالكل يأخذ الثلثين خاصة ، ويكون الثالث

الباقى بينه وبين الموصى له بالثلث ، فيتزاحمان فيه ، ويأخذ كل واحد منهما نصفه ، وهو سدس الكل ، فيكون للموصى له بالكل خمسة أسداس ، وللموصى له بالثلث السدس .

وتلك الطريق المروية عن أبى حنيفة هى طريقة المنازعة ، أى أن التقسيم بالنسبة هو فى موضع التزاحم فقط ، فإذا أوصى بالكل لشخص ، وبالثلث لآخر ، فكأنه لانزاع بينهما فى الثلثين ، فهما سالمان للموصى بالكل ، وإنما موضع النزاع هو الثلث ، فيتزاحمان فيه ، ويكون بالتزاحم لكل نصفه ، فتكون النتيجة ما ذكرنا .

ولقد أنكر الحسن بن زياد هذه الرواية ، وقرر ما يفيد أن رأى أبى حنيفة يتفق مع رأى صاحبين فى التزاحم فى التركة ، والله أعلم .

٢١٧ — هذه أحكام التزاحم إذا كانت الوصايا كلها للعباد ، قد بينا حكم القانون فيها ، ومصدره الفقهى ووازناه غيره من آراء الفقهاء فى المذهب الحنفى .
وقبل أن نلتقل إلى التزاحم فى الوصايا بالقرابات وحدها نشير إلى ثلاثة أمور :

أولها — أنه عند الوصية بمعين وتزاحمها مع غيرها بعد تقدير حصة الموصى له بالنسبة لحصص غيره ، لا يأخذ نصيبه إلا من العين ، فإذا قدرت حصته بنصف الثلث استوفاه من العين ، ولا يستوفيه من سواها ؛ لأن حقه متعلق بها فلا يأخذه من غيرها ما أمكن الاستيفاء منها ، ولا ضرر على غيره فى ذلك ، ومن جهة أخرى فذلك تنفيذ لإرادة الموصى ، وهى واجبة التنفيذ بالقدر الممكن الذى يتفق مع مراعاة الحقوق .

ثانيها — أن تقدير المنافع ، والمرتبات فى الوصايا بها وتزاحمها مع غيرها يكون بما نص عليه فى القانون فى مواضعه ، فتقدر المنفعة بقيمة العين المتعلقة بها ، إن كانت الوصية لغيره مدة معلومة ، أو لمدة معلومة تزيد على عشر سنوات ، وتقدر المرتبات بجزء من غلات العين ، بالفرق بين قيمة العين محملة بحقوقها ، وقيمتها غير

محكمة ، والمراتب بجزء من رأس المال بمقدار ذلك المراتب على النحو المبين في القانون ومذكرته التفسيرية ، وإن كان ذلك المسلك موضع نقد قد يبناه في موضعه .

ثالثها — أن الوصية بالمراتب ، تكون لمدة حياة المستحق لها ، إن كانت لمعين وقدرت بحياته ، فإذا مات أو كانت لجهة وانقطعت ، كان النصيب الذي خصص لها من الثلث للورثة ، إذ أن الوصية إذا انتهت عاد ما كان لها للورثة ، فتعود إليهم^(١) .

٢١٨ — والحال الثانية أن تكون الوصايا كلها للقربات ، والحكم في هذه كما جاء في القانون ومذكرته التفسيرية أنها إن كانت متحدة النوع ، بأن كانت كلها بالفرائض ، كالوصية بما عليه من حج وزكاة ، أو كلها واجبات كالوصية بما عليه من صدقة الفطر والندور ، أو كانت كلها تطوعا ، كالوصية بالصدقة على الفقراء — أن الوصية تكون لها جميعها بالتساوي ، فإذا أوصى بمقدار ، ليسكون منه أداء ما عليه من حج فاته ، وزكاة عليه وفدية صوم ، فإن وسعها الثلث نفذت ، وإن لم يسعها ولم يجز الورثة قسم الثلث بينهما بالتساوي ، فما خص الحج صرف له ، وما خص الزكاة أنفق في سبيلها .

وهذا إذا لم يكن الموصى رتب بينها بالنص ، فإن رتب بينها بالنص اتبع مراتب ، فيصرف الثلث أولا فيما نص على أنه يكون أولى من غيره ، فإن بقي شيء فلما يليه .

وكذلك إذا نص على التفاوت في المقادير اتبع ما نص عليه ، فإذا نص على أن يكون للزكاة قدر معلوم ، وللحج قدر آخر ، فانه في هذه الصورة إن ضاق الثلث عنها وزع الباقي بنسبة المقادير التي ذكرها ، وقسم بالمحاصة ، وذلك لأن له

(١) ذلك ما بينته المادة ٨٢ ونصها :

« إذا تراجعت الوصايا بالمراتب ، ومات بعض الموصى لهم ، أو انقطعت جهة من الجهات الموصى لها كان نصيبها لورثة الموصى » .

أن يقدم بعضها على بعض ، فأولى أن يكون له أن يجعل مقادير استحقاقها متفاوتة ، فتنفذ إرادته ، ولأن هذه كانت لتقصيرات ، ولعله كان مقصراً في إحداها أكثر من الأخرى ؛ فجعل الزيادة ليتدارك ما فاته ؛ ويقضى ما قصر فيه بمقدار نقصيره .

هذا كله إذا كانت القربات مرتبة واحدة أو اختلفت وتولى الموصي الترتيب بينها ، وإن اختلفت مراتبها ولم يتول ترتيبها ، وكان بعضها فرضاً ، وبعضها واجباً ، وبعضها نافلة ، ففي هذه الحال يقدم الأقوى في الأداء عن غيره ، إن ضاق المقدار الذي تنفذ فيه الوصية عن أن يسعها جميعها ، فتقدم الفرائض على الواجبات ، وتقدم الواجبات على النوافل ^(١) .

وإذا قدم الأقوى وزع المقدار على القربات التي اتحدت فيه على الطريقة السابقة ، فإن وسعها نفذت كلها ، وإن ضاق عنها كانت بالتساوى فيه ، إن لم يذكر نسباً بينها ، وإن ذكرها بسهام مختلفة كانت محاسبة بالسهم .

وذلك لأن القربات كلها لله سبحانه وتعالى ، فإذا كانت بينها فرائض ، ولم يسع الثلث كل الوصايا ، نفذت الفرائض أولاً ؛ لأن الطلب فيها أشد ، وتنفيذ الوصايا لمصلحة الموصى وتنفيذ إرادته ، ومصلحته في أن تنفذ الفرائض أولاً ، ثم الواجبات ، ثم النوافل ، ولأن الفرائض المالية ، تعتبر كالدون فتكون مقدمة على سائر الوصايا ، لما فيها من معنى الدين .

٢١٩ — والحال الثالثة ، وهي الأخيرة ، أن تكون الوصايا فيها قربات وفيها وصايا للعباد ، كأن يوصى بمقدار من المال للزكاة عنه ، والحج عنه ، وفدية

(١) يفرق فقهاء الحنفية بين الفرض والواجب ، فيقولون الفرض ما ثبت بدليل قطعي لا شبهة فيه ، والواجب ما ثبت بدليل ظني فيه شبهة ، وغيرهم من الفقهاء لا يفرقون بين الفرائض والواجبات . ولقد سارت القانون على مذهب الحنفية ، كما جاء في المادة ٨١ التي اشتملت على هذه الأحكام ، وهذا نصها : « إذا كانت الوصية بالقربات ، ولم يف بها ما تنفذ فيه الوصية فإن كانت متحدة الدرجات كانت متساوية في الاستحقاق ، وإن تفاوتت درجاتها قدمت الفرائض على الواجبات ، والواجبات على النوافل » .

للصوم ولزید ، فان بین سهام كل جهة ، ولم یسع الثلث الجميع ، وزع الثلث بنسبة السهام التي ذكرها ، فإن قال للحج الربع ، وللزكاة الثلث ، ولزید الخمس ، وللصوم الخمس كانت بنسبتها ، وإن لم یذكر كان لكل جهة سهم ، ولزید سهم أيضاً ، فيقسم الثلث أرباعاً وهكذا ؛ وذلك لأنه عند التعدد من غير تقسیم يكون الغرض الشركة بينها ، ولا تفاوت ، فتكون على قدر المساواة ، وهذا إذا كانت الجهات متحدة المرتبة ، وكذلك إذا كانت مختلفة المرتبة توزع على حسب العدد ، ثم ما يخص القربات یوزع فيها كأن الوصية بقربات وحدها ، فیاخذ الأقوى ، فان بقى شيء فلما یلیه .

٢٢٠ — وهذه الأحكام كلها من مذهب أبی حنیفة ، ولكن ذكر القانون أنه عند اتحاد المرتبة توزع بالتساوی ، فاذا أوصى للزكاة والحج ، ولم یذكر سهاماً توزع بالتساوی ، وقالت المذكرة التفسیرية إن هذا رأى زفر ، وهو أحد رأیین مشهورین فی المذهب الحنفی أساسهما روايتان ، ولنذكرهما :

أولهما — أنه إذا اتحدت الرتبة بأن قال أوصیت بالثلث للزكاة وبالثلث للحج ، فانه لا یقسم بالتساوی ، وهذا ما ذهب إليه السرخسی ، وذكر أنه رواية عن الأئمة الثلاثة أبی حنیفة والصاحبین ، فقد جاء مختصره : « وقال هشام عن محمد عن أبی حنیفة وأبى یوسف ، وهو قول محمد : كل شيء كان جمیعہ لله تعالى من الحج والصدقة ، والعق وغیره فأوصی به رجل ، والثلث لا یبلغ ذلك فان كان كله تطوعاً بدیء بالاول مما نطق به ، حتى یأتی على آخره ، إذ ینقص الثلث فیبطل ما بقى ، وكذلك لو كان كله فريضة بدیء بالاول ، فالاول ، حتى یكون النقصان على الآخر ، وإن كان بعضه تطوعاً ، وبعضه فريضة ، أو أوجه على نفسه بدیء بالفرض أو ما أوجه على نفسه ، وإن آخره فی نطقه ... قال هشام إلى هنا قولهم جميعاً ،^(١) .

الرأى الثانى — أنه عند اتحاد المرتبة لا یقدم الأسبق ذكراً ، بل یقدم الأقوى عبادة وقربة أو ثبوتاً ، وذلك هو تخریج الطحاوى ، ورأیه ، وذكر ابن

(١) رد المختار نقلاً من غاية البیان عن مختصر السرخسی .

عابدين ، أنه ليس الأرجح بل الأرجح السابق .

وقد ذكر الرايين الزيلعي وذكر اختلاف الفقهاء في الأقوى ، وخرج عليها في كل المراتب ، فقال :

« وعن أبي يوسف رحمه الله إن الحج يقدم على الزكاة ، لأنه يقام بالمال والبدن ، والزكاة بالمال فقط ، فكان الحج أقوى ، وهو قول محمد ، وهما يقدمان على الكفارة ، لرجحانهما عليها ، لأنه قد جاء الوعيد فيهما ما لم يأت في غيرهما ، قال الله تعالى : « والذين يكنزون الذهب والفضة ، ولا ينفقونها في سبيل الله فبشرهم بعذاب أليم » ، وقال تعالى : « فتكوى بها جباههم وجنوبهم » ، وقال تعالى : « ومن كفر فإن الله غنى عن العالمين ^(١) » ، مكان ومن ترك الحج — إلى غير ذلك من النصوص والأخبار الواردة فيهما ، وكفارة القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر ، لأنه عرف وجوبها بالكتاب دون صدقة الفطر ، وصدقة الفطر مقدمة على الأضحية ، للاتفاق على وجوبها دون الأضحية ، وعلى هذا القياس يقدم الأقوى فالأقوى ، حتى تقدم كفارة القتل على كفارة الظهار واليمين ، لأنها أقوى وأكثر تغليظاً منهما ، ألا ترى أن الإسلام شرط في التحرير عنها دونهما ، ثم تقدم كفارة اليمين على كفارة الظهار ، لأنها تجب بهذه حرمة الله تعالى ، وكفارة الظهار وجبت بإيجاب حرمة على نفسه ، فكانت كفارة اليمين أغلظ وأقوى دونها » .

وهذا كله تخريج على مسلك الطحاوى وروايته في المذهب ، والراجع فيه تخريج الكرخى وروايته .

وقد سلك القانون غير المسلكين ، فسوى بينهما ، والله سبحانه وتعالى هو وحده العليم بالصواب .

(١) الآية الكريمة : « والله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا ، ومن كفر فإن الله غنى عن العالمين » ، فبدل أن يقول : « ومن لم يحج فإن الله غنى عن العالمين قال : « ومن كفر » فكان ذلك دليلا على عظم ترك الحج .

خاتمة

٢٢١ — هذه خلاصة أحكام القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ ، وتلك مصادره .
الفقهية ، وقد تصدى لبيان طائفة كبيرة من أحكام المسائل الخاصة بالوصايا ،
ولكنه لم يستقر كل الأحكام ، بلى قد أتى بالاصول ، وقد خالف في هذه كثيراً
مما جاء بالمذهب الذى كان معمولاً به من قبل ، وهو مذهب الإمام أبى حنيفة .
وإذا عرض للقضاء ما لم ينص عليه فى هذا القانون ، فكيف يقضى ؟ إننى
أرى أن ما يعرض للقضاء إذا كان تفريعاً لمسائل قد بين القانون أصلها ، فإنه
يرجع فى هذا التفريع إلى المصدر الذى اشتق القانون منه ذلك الأصل ، فإن
كان الأصل هو مذهب مالك أخذ التفصيل من ذلك المذهب ، وهكذا .

وإن كان ما يعرض للقضاء ليس تفريعاً لأصل ذكره القانون ، فإنه يؤخذ
بمذهب أبى حنيفة ، لأن المادة ٢٨٠ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١
لأزال قائمة لم تنسخ ولم يوجد ما ينسخها ، وهذا ما ذكرته المذكرة التفسيرية ،
فقد جاء فيها : « إذا جد من الحوادث ما لم ينص على حكمه فى هذا القانون ، فإنه
يجب الرجوع فيه إلى أرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ، كما تقضى بذلك
المادة ٢٨٠ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ » .

والله ولى التوفيق .

قانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦

بإصدار قانون الوصية

نحن فاروق الأول ملك مصر

قرر مجلس الشيوخ ومجلس النواب القانون الآتي نصه ، وقد صدقنا عليه
وأصدرناه :

مادة ١ — يعمل في المسائل والمنازعات المتعلقة بالوصية بالأحكام المرافقة
لهذا القانون .

مادة ٢ — على وزير العدل تنفيذ هذا القانون ، ويعمل به بعد شهر من
تاريخ نشره بالجريدة الرسمية .

نأمر بأن يصمم هذا القانون بخاتم الدولة ، وأن ينشر في الجريدة الرسمية
وينفذ كقانون من قوانين الدولة .

صدر بقصر المنتزه في ٢٤ رجب سنة ١٣٦٥ (٢٤ يونية سنة ١٩٤٦)

فاروق

بأمر حضرة صاحب الجلالة

رئيس مجلس الوزراء

اسماعيل صدقي

وزير العدل

محمد كامل مرسي

أحكام الوصية

الباب الأول

في أحكامه عامة

الفصل الأول

تعريف الوصية وركنها وشرائطها

- مادة ١ — الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت .
مادة ٢ — تنعقد الوصية بالعبارة أو بالكتابة فإذا كان الموصى عاجزاً عنهما
انعقدت الوصية بإشارته المفهمة .

ولا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية أو الرجوع القولى عنها بعد وفاة
الموصى في الحوادث السابقة على سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشرة الأفرنجية
إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبه التصنع تدل على صحة الدعوى .

وأما الحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشرة الأفرنجية
فلا تسمع فيها دعوى ما ذكر بعد وفاة الموصى إلا إذا وجدت أوراق رسمية
أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها امضاءه كذلك تدل على ما ذكر أو كانت
ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقاً على توقيع الموصى عليها .

- مادة ٣ — يشترط في صحة الوصية ألا تكون بمعصية وألا يكون الباعث
عليها منافياً لمقاصد الشارع .

وإذا كان الموصى غير مسلم صحت الوصية إلا إذا كانت محرمة في شريعته
وفى الشريعة الإسلامية .

- مادة ٤ — مع مراعاة أحكام المادة الثالثة تصح الوصية المضافة أو المعلقة

بالشرط أو المقترنة به ، وإن كان الشرط صحيحاً وجبت مراعاته مادامت المصلحة فيه قائمة ، ولا يراعى الشرط إن كان غير صحيح أوزالت المصلحة المقصودة منه .
والشرط الصحيح هو ما كان فيه مصلحة للموصى أو الموصى له أو لغيرهما ولم يكن منهياً عنه ولا منافياً لمقاصد الشريعة .

مادة ٥ — يشترط للموصى أن يكون أهلاً للتبرع قانوناً على أنه إذا كان محجوراً عليه لسفه أو غفلة أو بلغ من العمر ثمانى عشرة سنة شمسية جازت وصيته بإذن المجلس الحسى .

مادة ٦ — يشترط فى الموصى له :

(١) أن يكون معلوماً .

(٢) أن يكون موجوداً عند الوصية إن كان معيناً .

فإن لم يكن معيناً لا يشترط أن يكون موجوداً عند الوصية ولا وقت موت الموصى ، وذلك مع مراعاة مانص عليه فى المادة ٢٠ .

مادة ٧ — تصح الوصية لأماكن العبادة والمؤسسات الخيرية وغيرها من جهات البر والمؤسسات العلمية والمصالح العامة وتصرف على عمارتها ومصالحها وفقرائها وغير ذلك من شئونها مالم يتعين المصرف بعرف أو دلالة ، وتصح الوصية لله تعالى ولأعمال البر بدون تعيين جهة وتصرف فى وجوه الخير .

مادة ٨ — تصح الوصية لجهة معينة من جهات البر ستوجد مستقبلاً فإن تعذر وجودها بطلت الوصية .

مادة ٩ — تصح الوصية مع اختلاف الدين والملة وتصح مع اختلاف الدارين مالم يكن الموصى تابعاً لبلد إسلامى والموصى له غير مسلم تابع لبلد غير إسلامى تمنع شريعته من الوصية لمثل الموصى .

مادة ١٠ — يشترط فى الموصى به :

(١) أن يكون مما يجرى فيه الإرث أو يصح أن يكون محلاً للتعاقد حال

حياة الموصى .

- (٢) أن يكون متقوماً عند وفاة الموصى إن كان مالا .
- (٣) أن يكون موجوداً عند الوصية في ملك الموصى إن كان معيناً بالذات .
- مادة ١١ — تصح الوصية بالخلو وبالحقوق التي تنتقل بالإرث ومنها حق المنفعة بالعين المستأجرة بعد وفاة المستأجر .
- مادة ١٢ — تصح الوصية بإقراض الموصى له قدرأ معلوماً من المال ولا تنفذ فيما زاد من هذا المقدار على ثلث التركة إلا بإجازة الورثة .
- مادة ١٣ — تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه وتكون لازمة بوفاة الموصى فإن زادت قيمة ما عين لأحدهم عن استحقاقه في التركة كانت الزيادة وصية .
- مادة ١٤ — تبطل الوصية بحنون الموصى جنوناً مطبقاً إذا اتصل بالموت . وكذلك تبطل بالنسبة للموصى له المعين إذا مات قبل موت الموصى .
- مادة ١٥ — تبطل الوصية إذا كان الموصى به معيناً وهلك قبل قبول الموصى له .
- مادة ١٦ — لا تبطل الوصية بالحجر على الموصى للسفه أو الغفلة .
- مادة ١٧ — يمنع من استحقاق الوصية الاختيارية أو الوصية الواجبة قتل الموصى أو المورث عمداً سواء أكان القاتل فاعلاً أصلياً أم شريكاً أم كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام على الموصى وتنفيذه وذلك إذا كان القتل بلا حق ولا عذر ، وكان القاتل عاقلاً بالغاً من العمر خمس عشرة سنة ، ويعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعى .

الفصل الثاني

الرجوع عن الوصية

- مادة ١٨ — يجوز للموصى الرجوع عن الوصية كلها أو بعضها صراحة أو دلالة . ويعتبر رجوعاً عن الوصية كل فعل أو تصرف يذل بقرينة أو عرف على الرجوع عنها .

ومن الرجوع دلالة كل تصرف يزيل ملك الموصى عن الموصى به .

مادة ١٩ — لا يعتبر رجوعاً عن الوصية جردها ولا إزالة بناء العين الموصى بها ولا الفعل الذى يزيل اسم الموصى به أو يغير معظم صفاته ولا الفعل الذى يوجب فيه زيادة لا يمكن تسليمه إلا بها إلا إذا دلت قرينة أو عرف على أن الموصى يقصد بذلك الرجوع عن الوصية .

الفصل الثالث

قبول الوصية وردها

مادة ٢٠ — تلزم الوصية بقبولها من الموصى له صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصى فإذا كان الموصى له جنيناً أو قاصراً أو محجوراً عليه يكون قبول الوصية أو ردها بمن له الولاية على ماله بعد إذن المجلس الحسبي .

ويكون القبول عن الجهات والمؤسسات والمنشآت بمن يمثلها قانوناً فإن لم يكن لها من يمثلها لزم الوصية بدون توقف على القبول .

مادة ٢١ — إذا مات الموصى له قبل قبول الوصية وردها قام ورثته مقامه فى ذلك .

مادة ٢٢ — لا يشترط فى القبول ولا فى الرد أن يكون فور الموت ، ومع ذلك تبطل الوصية إذا أبلغ الوارث أو من له تنفيذ الوصية الموصى له بإعلان رسمى مشتمل على بيان كاف عن الوصية وطلب منه قبولها أو ردها ، ومضى على علمه بذلك ثلاثون يوماً كاملة خلاف مواعيد المسافة القانونية ولم يجب بالقبول أو الرد كتابة دون أن يكون له عذر مقبول .

مادة ٢٣ — إذا قبل الموصى له بعض الوصية ورد البعض الآخر لزم الوصية فيما قبل وبطلت فيما رد ، وإذا قبلها بعض الموصى لهم وردها الباقون لزم بالنسبة لمن قبلوا وبطلت بالنسبة لمن ردوا .

مادة ٢٤ — لا تبطل الوصية بردها قبل موت الموصى .

فإذا رد الموصى له الوصية كلها أو بعضها بعد الموت وقبل القبول بطلت فيما رد وإذا ردها كلها أو بعضها بعد الموت والقبول وقبل منه ذلك أحد من الورثة انفسخت الوصية ، وإن لم يقبل منه ذلك أحد منهم بطل رده .

مادة ٢٥ — إذا كان الموصى له موجوداً عند موت الموصى استحق الموصى به من حين الموت ما لم يفد نص الوصية ثبوت الاستحقاق في وقت معين بعد الموت .

وتكون زوائد الموصى به من حين الملك إلى القبول للموصى له ولا تعتبر وصية ، وعلى الموصى له نفقة الموصى به في تلك المدة .

الباب الثاني

أحكام الوصية

الفصل الأول

في الموصى له

مادة ٢٦ — تصح الوصية بالأعيان للبعدوم ولما يشمل الموجود والمعدوم ممن يحصون فإن لم يوجد أحد من الموصى لهم وقت موت الموصى كانت الغلة لورثته وعند اليأس من وجود أحد من الموصى لهم تكون العين الموصى بها ملكاً لورثة الموصى .

وإن وجد أحد من الموصى لهم عند موت الموصى أو بعده كانت الغلة له إلى أن يوجد غيره فيشترك معه فيها ، وكل من يوجد منهم يشترك فيها مع من يكون موجوداً وقت ظهور الغلة إلى حين اليأس من وجود مستحق آخر فتكون العين والغلة للموصى لهم جميعاً ، ويكون نصيب من مات منهم تركه عنه .

مادة ٢٧ — إذا كانت الوصية لمن ذكروا في المادة السابقة بالمنافع وحدها ولم يوجد منهم أحد عند وفاة الموصى كانت لورثة الموصى .

وإن وجد مستحق حين وفاة الموصى أو بعدها كانت المنفعة له ولكل من يوجد بعده من المستحقين إلى حين انقراضهم فتكون المنفعة لورثة الموصى ، وعند اليأس من وجود غيرهم من الموصى لهم ردت العين لورثة الموصى .

مادة ٢٨ — إذا لم يوجد من الموصى لهم غير واحد انفرد بالغلة أو العين الموصى بها إلا إذا دلت عبارة الموصى أو قامت قرينة على أنه قصد التعدد ففي هذه الحالة يصرف للموصى له نصيبه من الغلة ويعطى الباقي لورثة الموصى وتقسم العين بين الموصى له وبين ورثة الموصى عند اليأس من وجود مستحق آخر .

مادة ٢٩ — إذا كانت الوصية بالمنافع لأكثر من طبقتين لا تصح إلا للطبقتين

الأولين فإذا كانت الوصية مرتبة الطبقات يكون استحقاق الطبقة الثانية عند اليأس من وجود أحد من أهل الطبقة الأولى أو انقراضهم واليأس من وجود غيرهم مع مراعاة الأحكام الواردة في المادتين السابقتين .

وإذا انقرضت الطبقتان كانت العين تركة إلا إذا كان قد أوصى بها أو ببعضها لغيرهم .

مادة ٣٠ — تصح الوصية لمن لا يحصون ، ويختص بها المحتاجون منهم ويترك أمر توزيعها بينهم لاجتهاد من له تنفيذ الوصية دون التقيد بالتعميم أو المساواة . ومن له تنفيذ الوصية هو الوصى المختار فان لم يوجد فهية التصرفات أو من تعينه لذلك .

مادة ٣١ — إذا كانت الوصية لقوم محصورين بلفظ يتناولهم ولم يعينوا بأسمائهم وكان بعضهم غير أهل للوصية وقت وفاة الموصى كان جميع ما أوصى به مستحقاً الآخرين مع مراعاة أحكام المواد ٢٦ و ٢٧ و ٢٨ و ٢٩ .

مادة ٣٢ — إذا كانت الوصية مشتركة بين معينين وجماعة أو جهة أو بين جماعة وجهة أو بينهم جميعاً كان لكل معين ولكل فرد من أفراد الجماعة المحصورة ولكل جماعة غير محصورة ولكل جهة سهم من الموصى به .

مادة ٣٣ — إذا كانت الوصية للمعينين عاد إلى تركة الموصى ما أوصى به لمن كان غير أهل للوصية حين الوفاة .

مادة ٣٤ — إذا بطلت الوصية لمعين أو لجماعة عاد إلى تركة الميت ما أوصى به إليهم ويحاص الورثة به أرباب الوصايا الباقية إذا ضاق عنها محل الوصية .

مادة ٣٥ — تصح الوصية للحمل في الأحوال الآتية :

(١) إذا أقر الموصى بوجود الحمل وقت الوصية وولد حياً لخمس وستين وثلاثمائة يوم فأقل من وقت الوصية .

(٢) إذا لم يقر الموصى بوجود الحمل وولد حياً لسبعين ومائتي يوم على الأقل من وقت الوصية ما لم تكن الحامل وقت الوصية معتدة لوفاة أو فرقة

بأنه ، فتصح الوصية إذا ولد حياً خمسة وستين وثلاثمائة يوم من وقت الموت أو الفقرة البائدة .

وإذا كانت الوصية لحمل من معين اشترط لصحة الوصية مع ما تقدم ثبوت نسبه من ذلك المعين .

وتوقف غلة الموصى به إلى أن ينفصل الحمل حياً فتكون له .

مادة ٣٦ — إذا جاءت الحامل في وقت واحد أو في وقتين بينهما أقل من ستة أشهر بولدين حيين أو أكثر كانت الوصية بينهم بالتساوي إلا إذا نصت الوصية على خلاف ذلك .

وإذا انفصل أحدهم غير حى استحق الحى منهم كل الوصية .

وإن مات أحد الأولاد بعد الولادة كانت حصته بين ورثته في الوصية بالأعيان ، وتكون لورثة الموصى في الوصية بالمنافع .

الفصل الثاني

الموصى به

مادة ٣٧ — تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره ، وتنفذ من غير إجازة الورثة ، وتصح بما زاد على الثلث ولا تنفذ في الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصى وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه .

وتنفذ وصية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ماله أو بعضه من غير توقف على إجازة الخزانة العامة .

مادة ٣٨ — تصح وصية المدين المستغرق ماله بالدين ولا تنفذ إلا ببراءة ذمته منه ، فإن برئت ذمته من بعضه أو كان الدين غير مستغرق نفذت الوصية الباقي بعد وفاة المدين .

مادة ٣٩ — إذا كان الدين غير مستغرق واستوفى كله أو بعضه من الموصى

به كان للموصى له أن يرجع بقدر الدين الذى استوفى فى ثلث الباقي من التركة بعد وفاء الدين .

مادة ٤٠ — إذا كانت الوصية بمثل نصيب وارث معين من ورثة الموصى استحق الموصى له قدر نصيب هذا الوارث زائداً على الفريضة .

مادة ٤١ — إذا كانت الوصية بنصيب وارث غير معين من ورثة الموصى أو بمثل نصيبه استحق الموصى له نصيب أحدهم زائداً على الفريضة إن كان الورثة متساويين فى الميراث ، وقدر نصيب أقلهم ميراثاً زائداً على الفريضة إن كانوا متفاضلين .

مادة ٤٢ — إذا كانت الوصية بسهم شائع فى التركة ونصيب أحد ورثة الموصى أو بمثل نصيبه سواء أعيىن الموصى الوارث أم لم يعينه قدرت حصة الموصى له بنصيب الوارث على اعتبار أنه لا وصية غيرها ، ويقسم الثلث بينهما بالمحاصة إذا ضاق عن الوصيتين ، وإذا كانت الوصية بقدر محدد من النقود أو بعين من أعيان التركة بدل السهم الشائع قدر الموصى به بما يساويه من سهام التركة .

مادة ٤٣ — إذا كانت الوصية بقدر محدد من النقود أو بعين وكان فى التركة دين أو مال غائب فإن خرج الموصى به من ثلث الحاضر من التركة استحقه الموصى له ، وإلا استحق منه بقدر هذا الثلث وكان الباقي للورثة وكلما حضر شيء استحق الموصى له ثلثه ، حتى يستوفى حقه .

مادة ٤٤ — إذا كانت الوصية بسهم شائع فى التركة وكان فيها دين أو مال غائب استحق الموصى له سهمه فى الحاضر منها ، وكلما حضر شيء استحق سهمه فيه .

مادة ٤٥ — إذا كانت الوصية بسهم شائع فى نوع من التركة وكان فيها دين أو مال غائب استحق الموصى له سهمه فى الحاضر من هذا النوع إن كان هذا السهم يخرج من ثلث الحاضر من التركة ، وإلا استحق الموصى له من سهمه بقدر هذا الثلث ، ويكون الباقي للورثة وكلما حضر شيء استحق الموصى له بقدر ثلثه من

النوع الموصى بسهم فيه ، على ألا يضر ذلك بالورثة فإن كان يضر بهم أخذ الموصى له قيمة ما بقي من سهمه في النوع الموصى به من ثلث ما يحضر حتى يستوفي حقه .

مادة ٤٦ — في جميع الأحوال المبينة في المواد السابقة إذا اشتملت التركة على دين مستحق الأداء على أحد الورثة وكان هذا الدين من جنس الحاضر من التركة كلها أو بعضها وقعت المقاصة فيه بقدر نصيب الوارث فيما هو من جنسه واعتبر بذلك مالا حاضراً .

وإذا كان الدين المستحق الأداء على الوارث من غير جنس الحاضر فلا تقع المقاصة ، ويعتبر هذا الدين مالا حاضراً ، إن كان مساوياً لنصيب الوارث في الحاضر من التركة أو أقل ، فإن كان أكثر منه اعتبر ما يساوي هذا النصيب مالا حاضراً . وفي هذه الحالة لا يستولى الوارث على نصيبه في المال الحاضر إلا إذا أدى ما عليه من الدين ، فإن لم يؤده باعه القاضى ووفى الدين من ثمنه . وتعتبر أنواع النقد وأوراقه جنساً واحداً .

مادة ٤٧ — إذا كانت الوصية بعين من التركة أو بنوع من أنواعها فهلك الموصى به أو استحق فلا شيء للموصى له ، وإذا هلك بعضه أو استحق أخذ الموصى له ما بقي منه إن كان يخرج من ثلث التركة ، وإلا كان له فيه بقدر الثلث .

مادة ٤٨ — إذا كانت الوصية بصفة شائعة في معين فهلك أو استحق فلا شيء للموصى له ، وإذا هلك البعض أو استحق أخذ الموصى له جميع وصيته من الباقي إن وسعها وكانت تخرج من ثلث المال ، وإلا أخذ الباقي جميعه إن كان يخرج من الثلث أو أخذ منه بقدر ما يخرج من الثلث .

مادة ٤٩ — إذا كانت الوصية بصفة شائعة في نوع من أموال الموصى فهلك أو استحق فلا شيء للموصى له ، وإن هلك بعضه أو استحق فليس له إلا حصته في الباقي إن خرجت من ثلث المال ، وإلا أخذ منه بقدر الثلث .

وتكون الوصية بعدد شائع في نوع من الأموال كالوصية بصفة شائعة فيه .

الفصل الثالث

فى الوصية بالمنافع

مادة ٥٠ — إذا كانت الوصية بالمنفعة لمعين مدة معلومة المبدأ والنهاية استحق الموصى له المنفعة فى هذه المدة فإذا انقضت المدة قبل وفاة الموصى اعتبرت الوصية كأن لم تكن ، وإذا انقضى بعضها استحق الموصى له المنفعة فى باقىها .

وإذا كانت المدة معينة القدر غير معلومة المبدأ بدأت من وقت وفاة الموصى .
مادة ٥١ — إذا منع أحد الورثة الموصى له من الانتفاع بالعين كل المدة أو بعضها ضمن له بدل المنفعة ما لم يرض الورثة كلهم أن يعوضوه بالانتفاع مدة أخرى .
وإذا كان المنع من جميع الورثة كان الموصى له بالخيار بين الانتفاع بالعين مدة أخرى وتضمينهم بدل المنفعة .

وإذا كان المنع من الانتفاع من جهة الموصى أو لعذر حال بين الموصى له والانتفاع وجبت له مدة أخرى من وقت زوال المانع .

مادة ٥٢ — إذا كانت الوصية بالمنفعة لقوم غير محصورين لا يظن انقطاعهم أو لجهة من جهات البر وكانت مؤبدة أو مطلقة استحق الموصى لهم بالمنفعة على وجه التأييد .

فإذا كانت الوصية مؤبدة أو مطلقة لقوم غير محصورين يظن انقطاعهم استحق الموصى لهم المنفعة إلى انقراضهم .

ويجب مراعاة أحكام المادتين السابقتين إذا كانت الوصية بمدة معلومة المبدأ والنهاية أو بمدة معينة القدر غير معلومة المبدأ والنهاية .

مادة ٥٣ — إذا كانت الوصية بالمنفعة بمدة معينة ولقوم محصورين ثم من بعدهم لمن لا يظن انقطاعهم أو لجهة من جهات البر ولم يوجد أحد من المحصورين فى خلال ثلاث وثلاثين سنة من وفاة الموصى أو فى خلال المدة المعينة للمنفعة أو وجد فى خلال هذه المدة وانقرض قبل نهايتها كانت المنفعة فى المدة كلها أو بعضها

على حسب الأحوال لما هو أعم نفعاً من جهات البر .

مادة ٥٤ — إذا كانت العين الموصى بمنفعتها تحتل الانتفاع أو الاستغلال على وجه غير الذى أوصى به جاز للموصى له أن ينتفع بها أو يستغلها على الوجه الذى يراه بشرط عدم الإضرار بالعين الموصى بمنفعتها .

مادة ٥٥ — إذا كانت الوصية بالغلة أو الثمرة فللموصى له الغلة أو الثمرة القائمة وقت موت الموصى وما يستجد منها مستقبلاً ما لم تدل قرينة على خلاف ذلك .

مادة ٥٦ — إذا كانت الوصية يبيع العين للموصى له بشمن معين أو بتأجيرها له لمدة معينة وبأجرة مسماة وكان الثمن أو الأجرة أقل من المثل بغبن فاحش يخرج من الثلث أو بغبن يسير نفذت الوصية .

وإن كان الغبن الفاحش لا يخرج من الثلث ولم يحز الورثة الزيادة فلا تنفذ الوصية إلا إذا قبل الموصى له دفع هذه الزيادة .

مادة ٥٧ — تستوفى المنفعة بقسمة الغلة أو الثمرة بين الموصى له وورثة الموصى بنسبة ما يخص كل فريق أو بالنهايئ زماناً أو مكاناً أو بقسمة العين إذا كانت تحتل القسمة من غير ضرر .

مادة ٥٨ — إذا كانت الوصية لمعين بالمنفعة ولآخر بالرقبة فإن ما يفرض على العين من الضرائب وما يلزم لاستيفاء منفعتها يكون على الموصى له بالمنفعة .

مادة ٥٩ — تسقط الوصية بالمنفعة بوفاة الموصى له قبل استيفاء المنفعة الموصى بها كلها أو بعضها ، وبشراء الموصى له العين التى أوصى له بمنفعتها وبإسقاط حقه فيها لورثة الموصى بعوض أو بغير عوض وباستحقاق العين .

مادة ٦٠ — يجوز لورثة الموصى بيع نصيبهم فى العين الموصى بمنفعتها بغير حاجة إلى إجازة الموصى له .

مادة ٦١ — إذا كانت الوصية بالمنفعة لمعين مؤبدة أو لمدة حياته أو مطلقة استحق الموصى له المنفعة مدة حياته بشرط أن ينشأ استحقاقه للمنفعة فى مدى ثلاث وثلاثين سنة من وفاة الموصى .

مادة ٦٢ — إذا كانت الوصية بكل منافع العين أو ببعضها وكانت مؤبدة أو مطلقة أو لمدة حياة الموصى له أو لمدة تزيد على عشرين سنة قدرت بقيمة العين الموصى بكل منافعها أو ببعضها .

فإذا كانت الوصية لمدة لا تزيد على عشرين سنة قدرت بقيمة المنفعة الموصى بها في هذه المدة .

مادة ٦٣ — إذا كانت الوصية بحق من الحقوق قدرت بالفرق بين قيمة العين محملة بالحق الموصى به وقيمتها بدونها .

الفصل الرابع

الوصية بالمراتب

مادة ٦٤ — تصح الوصية بالمراتب من رأس المال لمدة معينة ، ويوقف من مال الموصى ما يضمن تنفيذ الوصية على وجه لا يضر بالورثة .

فإذا زاد ما وقف لضمان تنفيذ الوصية على ثلث التركة ولم يحجز الورثة الزيادة يوقف منه بقدر الثلث وتنفذ الوصية فيه وفي غلته إلى أن يستوفي الموصى له قيمة ثلث التركة حين الوفاة أو إلى أن تنتهي المدة أو يموت الموصى له .

مادة ٦٥ — إذا كانت الوصية بمرتب من غلة التركة أو من غلة عين منها لمدة معينة تقوم التركة أو العين محملة بالمرتب الموصى به وغير محملة به ويكون الفرق بين القيمتين هو القدر الموصى به فإن خرج من ثلث المال نفذت الوصية وإن زاد عليه ولم يحجز الورثة الزيادة نفذ منها بقدر الثلث وكان الزائد من المراتب وما يقابله من التركة أو العين لورثة الموصى .

مادة ٦٦ — إذا كانت الوصية لمعين بمرتب من رأس المال أو الغلة مطلقة أو مؤبدة أو لمدة حياة الموصى له يقدر الأطباء حياته ويوقف من مال الموصى ما يضمن تنفيذ الوصية على الوجه المبين في المادة ٦٤ إن كانت الوصية بمرتب من رأس المال ويوقف ما يغل المراتب الموصى به على الوجه المبين في المادة ٦٥ إن كانت الوصية بمرتب من الغلة .

فإذا مات الموصى له قبل المدة التي قدرها الأطباء كان الباقي من الوصية لمن يستحقه من الورثة أو من أوصى له بعده ، وإذا نفذ المال الموقوف لتنفيذ الوصية أو عاش الموصى له أكثر من المدة التي قدرها الأطباء فليس له الرجوع على الورثة .

مادة ٦٧ - إذا لم تف غلة الموقوف من التركة لتنفيذ الوصية بمرتب من رأس المال بيع منه ما يفي بالمرتب وإذا زادت الغلة عن المرتب ردت الزيادة إلى ورثة الموصى .

ويوقف ما يزيد من الغلة عن المرتب الموصى به في الغلة حتى تنتهي مدة الانتفاع فإذا لم يغل الموقوف من التركة ما يكفي لتنفيذ الوصية في إحدى السنوات استوفى الموصى له ما نقصه من الغلة الزائدة .

فإذا كانت الوصية تنص على أن المرتب يستوفى سنة فسنة أو قامت قرينة على ذلك ردت الزيادة السنوية لورثة الموصى .

مادة ٦٨ - إذا كانت الوصية بالمرتببات لجهة لها صفة الدوام مطلقة أو مؤبدة يوقف من مال الموصى ما تضمن غلته تنفيذ الوصية ولا يوقف ما يزيد على الثلث إلا بإجازة الورثة .

وإذا أغل الموقوف أكثر من المرتب الموصى به استحقته الجهة الموصى لها وإذا نقصت الغلة عن المرتب فليس لها الرجوع على ورثة الموصى .

مادة ٦٩ - في الأحوال المبينة في المواد من ٦٤ إلى ٦٧ يجوز لورثة الموصى الاستيلاء على الموقوف لتنفيذ الوصية بالمرتب أو التصرف فيه ، بشرط أن يودعوا في جهة يرضاها الموصى له أو يعينها القاضي جميع المرتبات نقداً ويخصص المبلغ المودع لتنفيذ الوصية ، فإذا مات الموصى له قبل نفاذ المبلغ المودع رد الباقي لورثة الموصى .

ويزول كل حق للموصى له في التركة بالإيداع والتخصيص .

مادة ٧٠ - لا تصح الوصية بالمرتببات من رأس المال أو من الغلة لغير

الموجودين من الطبقتين الأوليين من الموصى لهم وقت موت الموصى ويقدر
الأطباء حياة الموجودين وتنفيذ الوصايا بمراعاة الأحكام المبينة في الوصايا
للمعينين .

الفصل الخامس

أحكام الزيادة في الموصى به

مادة ٧١ — إذا غير الموصى معالم العين الموصى بها أو زاد في عمارتها شيئاً
مما لا يستقل بنفسه كالمزعة والتجسيص كانت العين كلها وصية .

وإن كانت الزيادة مما يستقل بنفسه كالغراس والبناء شارك الورثة الموصى
له في كل العين بقيمة الزيادة قائمة .

مادة ٧٢ — إذا هدم الموصى العين الموصى بها وأعاد بناءها على حالتها
الأولى ولو مع تغيير معالمها كانت العين بحالتها الجديدة وصية .
وإن عاد البناء على وجه آخر اشترك الورثة بقيمة مع الموصى له في
جميع العين .

مادة ٧٣ — إذا هدم الموصى العين الموصى بها وضم الأرض إلى أرض
مملوكة له وبني فيها اشترك الموصى له مع الورثة في جميع الأرض والبناء بقيمة أرضه .

مادة ٧٤ — استثناء من أحكام المواد ٧١ فقرة ثانية و ٧٢ فقرة ثانية و ٧٣
إذا كان ما دفعه الموصى أو زاده في العين يتسامح في مثله عادة ألحقت الزيادة
بالوصية وكذلك تلحق الزيادة التي لا يتسامح فيها إذا وجد ما يدل على أن
الموصى قصد إلحاقها بها .

مادة ٧٥ — إذا جعل الموصى من بناء العين الموصى بها ومن بناء عين مملوكة
له وحده لا يمكن معها تسليم الموصى به منفرداً اشترك الموصى له مع الورثة بقدر
قيمة وصيته .

الفصل السادس

الوصية الواجبة

مادة ٧٦ — إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذى مات فى حياته أو مات معه ولو حكماً بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثاً فى تركته لو كان حياً عند موته وجبت للفرع فى التركة وصية بقدر هذا النصيب فى حدود الثلث بشرط أن يكون غير وارث وألا يكون الميت قد أعطاه بغير عوض من طريق تصرف آخر قدر ما يجب له وإن كان ما أعطاه أقل منه وجبت له وصية بقدر ما يكمله .

وتكون هذه الوصية لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات ولأولاد الإبناء من أولاد الظهور وإن نزلوا على أن يحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره وأن يقسم نصيب كل أصل على فرعه وإن نزل قسمة الميراث كما لو كان أصله أو أصوله الذين يدلى بهم إلى الميت ماتوا بعده وكان موتهم مرتباً كترتيب الطبقات .

مادة ٧٧ — إذا أوصى الميت لمن وجبت له الوصية بأكثر من نصيبه كانت الزيادة وصية اختيارية وإن أوصى له بأقل من نصيبه وجب له ما يكمله .

وإن أوصى لبعض من وجبت لهم الوصية دون البعض الآخر وجب لمن لم يوص له قدر نصيبه .

ويؤخذ نصيب من لم يوص له ويوفى نصيب من أوصى له بأقل مما وجب من باقى الثلث ، فإن ضاق عن ذلك فنه وما هو مشغول بالوصية الاختيارية .

مادة ٧٨ — الوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا .

فإذا لم يوص الميت لمن وجبت لهم الوصية وأوصى لغيرهم استحق كل من وجبت له الوصية قدر نصيبه من باقى التركة إن وفى وإلا فنه وما أوصى به لغيرهم .

مادة ٧٩ — فى جميع الأحوال المبينة فى المادتين السابقتين يقسم مابقى من الوصية الاختيارية بين مستحقها بالمحاصة مع مراعاة أحكام الوصية الاختيارية .

الفصل السابع

في تراحم الوصايا

مادة ٨٠ — إذا زادت الوصايا على ثلث التركة وأجازها الورثة وكانت التركة لاتنفي بالوصايا أو لم يجزوها وكان الثلث لا ينفى بها قسمت التركة أو الثلث على حسب الأحوال بين الوصايا بالمحاصة ، وذلك مع مراعاة ألا يستوفي الموصى له بعين نصيبه إلا من هذه العين .

مادة ٨١ — إذا كانت الوصية بالقربات ولم يف بها ماتنفذ فيه الوصية فإن كانت متحدة الدرجات كانت متساوية في الاستحقاق وإن اختلفت درجاتها قدمت الفرائض على الواجبات والواجبات على النوافل .

مادة ٨٢ — إذا تراحت الوصايا بالمرتبات ومات بعض الموصى لهم أو انقطعت جهة من الجهات الموصى لها بالمرتب كان نصيبها لورثة الموصى .

بيان بمواضع مواد القانون من شرحه

المادة	الصفحة	المادة	الصفحة
١	٩	٤٣	٢٥٠
٢	٢٢٧، ٥٥، ١٠	٤٤	٢٤٩
٣	٤٦	٤٥	٢٥٢
٤	٣٧	٤٦	٢٥٥
٥	٥٧	٤٩، ٤٨، ٤٧	١١٢ وما يليها
٦	٦٣	٥١، ٥٠	١٤٤
٧	٧٦	٥٢	١٤٨
٨	٧٦	٥٣	١٥٤
٩	٦٥	٥٤	١٦٦
١٠	١٠٢	٥٥	١١٢
١١	١٠٥	٥٦	١٤٠
١٢	١٣٧	٥٧	١٦٩
١٣	١٣٨	٥٨	١٦٢
١٤	٥٧	٥٩	١٧٠
١٥	١١٢	٦٠	١١٢
١٦	٥٧	٦١	١٤٧
١٧	٦٤	٦٣، ٦٢	١٥٨
١٩، ١٨	٢٢٦	٦٤	١٧٢
٢١، ٢٠		٦٥	١٧٩
٢٣، ٢٢	١٣ وما يليها	٦٦	١٨٣
٢٥، ٢٤		٦٧	١٨٧، ١٨١، ١٧٥
٢٨، ٢٧، ٢٦	٧٨	٦٨	١٧٧
٢٩، ٢٧	١٥١	٦٩	١٨٨
٣٢، ٣١، ٣٠		٧٠	١٨٦
٣٤، ٣٣	٩٠ وما يليها	٧١ إلى ٧٥	٢٣٤ وما يليها
٣٦، ٣٥	٨٤	٧٨، ٧٧، ٧٦	١٩٩ وما يليها
٣٧	٦٩	٧٩	٢٠٧
٣٨	٢٤١	٨٠	٢٦٣
٣٩	٢٤٣	٨١	٢٨٦
٤٢، ٤١، ٤٠	١٢٣ وما يليها	٨٢	٢٦٧

مواضع محتويات الكتاب

المقدمة .

تمهيد .

(٧) أسباب الملكية ، الأسباب المنشئة ، الأسباب الناقلة ، الملكية بالخلافة ،
(٧) الخلافة بحكم الشارع (٨) الخلافة الاختيارية تكون بالوصية ،

إنشاء الوصية

(٩) تعريف الوصية في القانون وعند الفقهاء ، الموازنة بين هذه التعريفات .
(١٠) تعريف القانون أدقها (١٠) ركن الوصية ، ما تنشأ به الوصية :
العبارة والكتابة ، والإشارة ، ومواضعها في الإنشاء في القانون والفقهاء ، واختلاف
الفقهاء في ذلك .

(١٣) الوصية تنشأ بإرادة منفردة ، ولكن الملكية لا تثبت إلا بالقبول في وقته ،
وقته ، ومن يكون منه القبول (١٤) الحكم إذا مات الموصى له قبل القبول أو الرد .
(١٥) حكم القبول إذا لم يكن الموصى له موجوداً عند الوفاة ثم وجد من بعد ،
وقت ثبوت الملكية إذا وجد القبول (١٦) الحكم إذا حصل رد بعد القبول .
(١٧) المصادر الفقهية لأحكام القبول وثبوت الملكية بالوصية ، اختلاف الفقهاء
في ذلك ، اختلافهم في أصل اشتراط القبول (١٨) اختلافهم في القبول بعد الرد إذا
كان الرد في حال الحياة (١٩) القبول المطلوب ، واختلافهم فيه ، ثم اختلافهم فيما
إذا مات الموصى له قبل أن يعرف له قبول أو رد (٢١) مسلك القانون ، الحكم
إذا تضرر الورثة من تأخير الموصى له في القبول أو الرد ، وأصل ذلك في لفظه .

(٢٢) قبول بعض الموصى لهم ورد بعضهم ، والمصدر الفقهي في ذلك .
(٢٤) نقد القانون ومصدره واختلاف الفقهاء في اعتبار الرد بعد القبول فسخاً ،
وموازنة بين آراء الفقهاء في ذلك (٢٦) أقوال الفقهاء فيمن له الحق في القبول ، القبول
عن الجنين (٢٧) القبول في الوصية لمن لا يحصون (٢٩) القبول في الوصية
للجهات ، أقوال الفقهاء في ذلك وتشديد القانون في الإلزام بالقبول ونقد ذلك .

(٣٠) القبول من القاصرين ونقد القانون في تعميم حكمه ، نقد القانون في عدم اعتبار قبول السفية وذى الغفلة (٣٢) نقد القانون في اشتراط الاستئذان من المجلس بالنسبة للأب والجد .

(٣٣) أقوال الفقهاء في وقت ثبوت الملكية إذا تم القبول (٣٣) رأى المالكية والحنابلة ، رأى الحنفية والشافعية (٤٣) ثمرة الخلاف وأساسه . (٢٦) ما اختاره القانون .

٣٧ الصيغة المنشئة والشروط المقترنة بها والباعث على الوصية

س (٣٧) التعليق والاضافة في الوصية ونقد عبارة القانون (٢٨) اقتران الوصية بالشرط . ما لاحظته القانون في الشروط الصحيحة (٣٨) الشروط غير الصحيحة وأثرها في الوصية وأقسام الشروط .

(٤٠) أقوال الفقهاء في الشروط الصحيحة وغير الصحيحة في التصرفات عامة ، مذهب الحنابلة ، ومذهب غيرهم في ذلك (٤١) الشروط الصحيحة وغير الصحيحة عند الحنفية (٤٢) التوسعة في احترام الشروط في الوقف والوصية (٤٣) نقد ابن القيم وابن تيمية لهذه التوسعة ، وأساس الخلاف بينهما وبين الفقهاء (٤٤) أقسام الشروط في الوقت والوصية عند ابن تيمية (٤٥) القانون يتجه إلى تقييد الشروط فيسلك مسلك ابن القيم وشيخه . أو نقد عبارته (٤٦) الوصية التي محضت للمعصية (٤٨) الوصية التي كان الباعث عليها معصية (٤٩) وصية غير المسلم .

(٤٩) أقول الفقهاء في هذه الوصايا (٥٠) الأساس الفقهي الذي بنى عليه بطلان الوصايا لبواعثها .

(٥٢) المصدر الفقهي لأحكام القانون في وصايا غير المسلمين .

٥٥ سماع دعوى الوصية

(٥٥) موازنة بين القانون ومشروعه ، ولائحة المحاكم الشرعية (٥٦) لا يشترط التسجيل لإنشاء الوصية ولا لسماع الدعوى ، بل لنقل الملكية .

٥٧ شروط الموصى

- (٥٧) الشروط التي يشترطها القانون في الموصى ، وصية السفهه ، والصبى المميز
(٥٨) جنون الموصى بعد صدور الوصية وأثره فيها ، المصاد الفقهية للقانون فى ذلك
(٥٩) مخالفته للمذاهب الأربعة فى جملتها بالنسبة لوصية السفهه . (٦٠) نقد ذلك
(٦١) المصدر الفقهى لإبطال الوصية بالجنون العارض بعدها (٦٢) وصية المدين

٦٣ شروط الموصى له ، وأحواله

- (٦٣) الشروط التى يجب توافرها فى الموصى له لتصح الوصية له وتستمر صحيحة
(٦٤) القتل المبطل للوصية فى القانون . (٦٥) اختلاف الدار المانع من صحة
الوصية وغير المانع (٦٦) إجازة الوصية لوارث .
(٦٧) المصدر الفقهى للقانون فى القتل المبطل للوصية ، وأقوال الفقهاء فى ذلك .
(٦٩) أقوال الفقهاء فى الوصية عند اختلاف الدار وما اختاره القانون منها .
(٧٠) ما اعتمد عليه القانون فى إجازة الوصية لوارث ، ودراسة ذلك دراسة
فاحصة ناقدة (٧٤) ما عدل على ضوء قانون الوصية من أحكام القانون المدنى
التي جاءت لحماية الورثة من إيثار بعضهم على بعض .
(٧٦) الوصية للجهات ، عدم اشتراط وجودها فى حال الوصية ، ولا حال الوفاة
(٧٧) المصادر الفقهية لأحكام الوصية للجهات .
(٧٨) الوصية للمعدوم ، حال جوازها (٧٩) القواعد العامة المأخوذة من
القانون فى الوصية للمعدوم (٧٦) ما اختصت به الوصية بالمنافع للمعدوم .
(٨٢) المصدر الفقهى للقانون ، وأقوال الفقهاء فى ذلك (٨٣) اختار القانون
مذهب مالك للتوسعة .

- (٨٤) الوصية للحمل (٨٥) إجماع الفقهاء على جواز الوصية للحمل ، ثبوته فى
بطن أمه ووقت ذلك ، وطرق معرفته (٧٦) ملاحظة قصور فى عبارات القانون .
(٧٨) تخالف بين قانون الميراث والوصية فى بعض الأحوال ، حيث يجب الانفاق
(٨٨) تعدد الحمل (٨٩) المصادر الفقهية لأحكام الحمل فى القانون .

- (٩٠) الوصية لمن يحصون . ومن لا يحصون ، جواز الوصية لمن لا يحصون .
 (٩١) أقسام الوصايا من حيث الحصر والتعيين ، وأحكامها وصورها .
 (٩٤) المصدر الفقهي للقانون ، موازنة بين المذهبين المالكي والحنفي في الوصية لمن لا يحصون ، وفي الوصية عند اجتماع جهات مختلفة (٩٩) الوصية إذا اجتمعت الجهات ، وبطلت في بعضها ، حكم القانون والمصدر الفقهي .

١٠٢ الموصى به . شروطه وأحواله

- (١٠٢) ما اشترطه القانون في الموصى به ١ - كونه مما يصلح أن يكون تركه .
 (١٠٣) أقسام ما يصلح أن يكون تركه في مذهب أبي حنيفة (١٠٥) الوصية بالحقوق ووجوب عدم التقيد في تفسير معنى التركة بمذهب أبي حنيفة .
 (١٠٧) الوصية بالارتفاق (١٠٨) الوصية بالخلو والحكر .
 (١١٠) ٢ - وجود الموصى به في ملكية الموصى عند الوصية ، أو عند الموت ، وأحوال كل (١١١) الوصية بالثمرة والغلة ووقت وجودهما (١١٢) خروج الموصى به المعين من ملكية الموصى قبل الوفاة (١١٣) هلاك الموصى به المعين واستحقاقه (١١٤) هلاك بعض الموصى به أو استحقاقه إذا كان شائعا في نوع معين (١١٥) هلاكه أو استحقاقه إذا كان عددا معلوما في نوع معين ، ونقد القانون في ذلك (١١٦) المصدر الفقهي لأحكام القانون في هذا الشرط .
 (١١٢) ٣ - بيان الموصى به - جواز الوصية بالجهول عند الفقهاء وسبب ذلك ولأن يكون البيان (١٣٢) إجازة القانون الوصية مع بعض الجهالة ، وتولييه بيانها .
 (١٢٣) الوصية بمثل نصيب أحد الورثة (١٢٤) أحوالها وأمثلتها ، وطرق حل مسائل الميراث المشتبهة على هذه الوصايا (١٢٩) الوصية بمثل نصيب وارث غير موجود (١٣١) أقوال الفقهاء في الوصية بمثل نصيب أحد الورثة (١٣٣) مصدر القانون في ذلك مذهب أحمد .

- (١٣٤) الطرق التي نص عليها في مذهب أحمد لحل هذه المسائل ، وما اخترناه منها .
 (١٣٦) وجه اختياره .

- (١٣٧) أنواع الموصى به : الوصية بالاقراض والمصدر الفقهي لحكمها في القانون .
 (١٣٨) الوصية بتقسيم التركة ومصدرها الفقهي (١٤٠) الوصية بالتصرف في عين .

(١٤٢) الوصية بالمنافع: معنى المنافع (١٤٣) جوازها عند الجمهور، ومخالفة ابن أبي ليلى وابن شبرمة (١٤٤) أحوال الوصية بالمنافع لمدة معلومة، وأحكامها، ومصدرها الفقهي. (١٤٥) الحكم إذا منع الورثة الموصى له من الانتفاع في المدة.

(١٤٧) الوصية بمنفعة لمعين من غير ذكر مدة، ومصدرها الفقهي.

(١٤٨) الوصية بالمنافع لمن لا يحصون مع التأييد أو عدم ذكر مدة، كونها وقفاً

(١٤٩) المصدر الفقهي لأحكام القانون في ذلك، نقد المذكرة التفسيرية في ذلك

(١٥١) إطلاق المدة أو تأييدها، إذا كان الموصى لهم يحصون، ولكن غير معينين.

(١٥٢) تقيد الوصية بالمنافع للذرية بطبقتين كالوقف، وتفسير معنى الطبقة.

(١٥٣) موازنات بين الوقف والوصية في ذلك (١٥٤) الوصية لمن يحصون ثم من

بعدم لمن لا يظن انقطاعهم (١٥٥) إجمال في القانون ومذكرته حاولنا تفصيله

بمجموع أحكام القانون (١٥٧) نقد للمذكرة في ذلك وعمادنا في تفسير القانون في هذا الموضع.

(١٥٨) تقدير المنفعة (١٥٨) تقدير الحقوق على العين، تقدير المنافع المؤبدة،

أو الماطقة أو المعلومة بمدة أكثر من عشر سنين، أو دون ذلك (١٥٩) أقوال

الفقهاء في ذلك وما اختاره القانون منها (١٦٠) تقدير الوصية بالقرض.

(١٦١) ملكية العين الموصى بمنفعتها، إذا كانت الوصية بالمنفعة على التأييد أو

مطلقة لمن يظن انقطاعه (١٦٢) إذا كانت الوصية بالمنافع لمعين أو محصورين

(١٦٣) نفقات العين والتصرف فيها، وانتقالها بالوراثة (١٦٤) أقوال الفقهاء

في ذلك (١٦٥) تصحيح نقل ذكرته المذكرة التفسيرية.

(١٦٦) طريقة الانتفاع، إطلاق القانون طرق الانتفاع، ولو قيد الموصى

(١٦٧) الموازنة بين القانون ومذهب أبي حنيفة، والمصدر الفقهي للقانون.

(١٦٨) طريقة الانتفاع عند الاشتراك في منفعة عين، والمصدر الفقهي لذلك.

(١٧٠) انتهاء الوصية بالمنفعة.

(١٧٢) الوصية بالمرتببات: تعريف المرتب، الوصية بالمرتب من رأس المال.

(١٧٤) تقديرها وتنفيذها بتخصيص عين لها (١٧٥) الحكم إذا تبين أن

العين تزيد من غلتها أو تنقص عن المرتب (١٧٥) انتهاء الوصية بالمرتب من رأس المال ، (١٧٦) المصدر الفقهي لأحكام القانون فيها .

(١٧٧) الوصية بالمرتب من الغلات (١٧٧) الوصية بالمرتب من الغلات المؤبدة

(١٧٨) غير المؤبدة ، تقدير الوصية بالمرتب من الغلة إذا كان لها مدة معلومة .

(١٨٠) نقد القانون (١٨٢) الوصية بمرتب لمعين مدة حياته ، تقدير حياته .

(١٨٤) الاصل الفقهي للقانون في تقدير الحياة (١٨٥) نقد القانون في ذلك .

(١٨٦) الوصية بمرتب لمحصورين (١٨٧) تقديرها (١٨٨) زيادة الغلات

في بعض السنين (١٨٨) إيداع الورثة مقدار المرتبات . وحكم ذلك .

(١٨٩) مناقشة المذكرة التفسيرية في هذا المقام .

(١٩١) مقدار الموصى به : الوصية بأكثر من الثلث وحكمها (١٩٢) الإجازة

المعتبرة ، الثلث المعتبر (١٩٣) اختلاف الفقهاء في كون المملك الموصى أو الوارث

عند الإجازة ، ومسلكت القانون (١٩٥) رغبة بعض الباحثين في إطلاق الوصية عن

التقدير ومناقشة ذلك .

١٩٠ -- حكم الوصية

(١٩٧) المراد من كلمة الحكم عند الفقهاء :

(١٩٨) الوصية الواجبة : الباعث عليها وأصحابها (٢٠٠) شروط لإيجاب

الوصية الواجبة (٢٠١) ما اعتبره القانون سببا لوجوبها (٢٠٣) تقدير

الوصية الواجبة (١٠٤) تنفيذها من غير إنشاء (١٩٧) طريقة حل مسائل

الميراث التي تشتمل على الوصية الواجبة (١٩٨) أمثلة وحلها (٢٠٧) تقديم

الوصية الواجبة على غيرها من الوصايا (٢٨٠) القيود التي يتقيد بها

من يحل مسائل الوصية الواجبة . الحلول التي تفرض واختيار أحدها بطريق السير

والتقسيم . الحل الاول (٢٠٩) وجه بطلانه — الحل الثاني وجه بطلانه —

(٢١١) الحل الثالث وجه اختياره (٢١٢) مخالفتنا لفضيحة الاستاذ المفتي

(٢١٣) أدلته (٢١٤) أدلتنا (٢١٦) مقصد المقنن (٢٢٠) عدم

احتياجها إلى قبول ، واحتمال احتياجها .

(٢٢١) الاصل الشرعي للوصية الواجبة ، تفصيله ، ومناقشة القانون على ضوءه .

٢٢٦ الوصف الشرعى للوصية

(٢٢٦) الوصية عقد غير لازم (٢٢٨) الرجوع القولى ومعناه الرجوع الفعلى وشروط الرجوع القولى (٢٢٩) موازنة بين اللاتحة الشرعية وقانون الوصية فى الرجوع القولى (٢٢٢) وجود الوصية لا يعتبر رجوعا (٢٣٤) التغير فى العين لا يعتبر رجوعا (٢٣٣) أحكام الشركة بين الورثة والموصى له عند الزيادة فى العين الموصى بها (٢٥٢) أحوال الزيادة .

(٢٢٧) المصادر الفقهية للقانون فى الرجوع ، أقوال الحنفية والمالكية ، والموازنة بينهما ، واتجاه القانون إلى المذهب المالكى .

٢٣١ تنفيذ الوصية

(٢٤١) تنفيذ الوصايا عندما تكون التركة مدينة (٢٤٢) تنفيذ الوصية إذا كانت بعين تعلق بها حق الدائن قبل الوفاة (٢٤٣) تحقيق القول فى علاقة الدائنين بالوصايا عند إسقاط ديونهم ، أو سقوطها .

(٢٤٣) وقت تقدير الثلث فى التركات المدينة (٢٤٤) وقت تقدير الثلث فى غيرها من التركات ، اختلاف أقوال الفقهاء وأساسه ومداه (٢٤٨) ما نراه مسلك القانون .

(٢٤٨) تنفيذ الوصايا إذا كان بعض التركة مالا غائبا أو ديناً (٢٤٩) تنفيذ الوصية بسهم شائع فى التركة كلها ، وبعض التركة غائب أو دين .

(٢٥٠) تنفيذ الوصية إذا كانت بنقود مقدرة ، أو بعين ، وبعض التركة غائب أو دين .

(٢٥٢) تنفيذ الوصية إذا كانت بسهم شائع فى نوع من الأموال ، وبعض المال دين أو مال غائب (٢٥٣) نقد القانون فى هذا الجزء (٢٥٥) تنفيذ الوصايا إذا كان الدين على بعض الورثة . (٢٥٨) نص المذكرة التفسيرية فيما إذا كان فى التركة دين أو مال غائب .

٢٦٣ تراحم الوصايا

(٢٦٣) معنى تراحم الوصايا والقاعدة فيه ، الوصايا الاختيارية والتراحم فيها . الوصايا التى ليست للقرابات وتراحمها ، حكم القانون عند التراحم (٢٦٤) المذهب الحنفى .

وحكمه عند التزاحم ، رأى الإمام ورأى الصاحبين عند التزاحم (٢٦٦) الموصى له بعين لا يأخذ حصته إلا منها ، تقدير المنافع عند التزاحم يكون بتقدير القانون لها . (٢٦٧) حكم ما يخص للبرتب إذا مات المستحق له (٢٦٧) الوصية للقربات عند التزاحم (٢٦٧) الوصية بالقربات وللعباد عند التزاحم (٢٦٩) المصادر الفقهية . (٢٧١) الخاتمة . (٢٧٢) قانون الوصية .
